ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)

23 janvier 2003 *

Dans l'affaire C-57/01,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par le Dioikitiko Efeteio Athinon (Grèce) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Makedoniko Metro,

Michaniki AE

et

Elliniko Dimosio,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des directives 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

* Langue de procédure: le grec.

publics de services (JO L 209, p. 1), et 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54),

LA COUR (sixième chambre),

composée de M. C. Gulmann, faisant fonction de président de la sixième chambre, M. V. Skouris, M[mes] F. Macken et N. Colneric, et M. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), juges,

avocat général: M[me] C. Stix-Hackl,
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

— pour Makedoniko Metro et Michaniki AE, par M[es] G. Karydis, A. Pliakos et N. I. Kampas, Dikigori,

— pour le gouvernement hellénique, par MM. V. Kyriazopoulos et C. Georgiadis et par M[me] D. Tsangarakis, en qualité d'agents,

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

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. M. Nolin et P. Panayotopoulos, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de Makedoniko Metro et Michaniki AE, représentés par M[es] G. Karydis et A. Pliakos, du gouvernement hellénique, représenté par M. V. Kyriazopoulos, et de la Commission, représentée par MM. M. Nolin et M. Konstantinidis, en qualité d'agent, à l'audience du 6 juin 2002,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 11 juillet 2002,

rend le présent

Arrêt

1 Par ordonnance du 26 octobre 2000, parvenue à la Cour le 9 février 2001, le Dioikitiko Efeteio Athinon (cour administrative d'appel d'Athènes) a posé, en vertu de l'article 234 CE, une question préjudicielle sur l'interprétation des directives 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»), et 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54).

2 Cette question a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant le groupement d'entrepreneurs Makedoniko Metro (ci-après «Makedoniko Metro») et la société Michaniki AE (ci-après «Michaniki») à l'État hellénique au sujet d'un marché relatif à la construction d'un métro dans la ville de Thessalonique (Grèce).

Le cadre juridique

Le droit communautaire

3 L'article 1er de la directive 89/665 dispose:

«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.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

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 L'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665 prévoit:

«Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant:

a) [...]

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation.»

5 Selon l'article 5 de la directive 89/665, les États membres devaient mettre en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à cette directive avant le 21 décembre 1991.

6 La directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5), modifiée à plusieurs reprises, a été abrogée et remplacée par la directive 93/37.

7 Selon l'article 1er, sous a) et d), de la directive 93/37:

«Aux fins de la présente directive:

a) les 'marchés publics de travaux' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur;

[...]

d) la 'concession de travaux publics' est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.»

8 L'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/37 prévoit:

«Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux publics, les règles de publicité définies à l'article 11 paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13 et à l'article 15 sont applicables à ce contrat lorsque sa valeur égale ou dépasse [un montant défini].»

9 Selon les articles 4 à 6 de la directive 93/37, celle-ci s'applique, sous réserve de certaines exceptions, aux marchés publics de travaux dépassant un montant défini.

10 Selon l'article 21 de la directive 93/37:

«Les groupements d'entrepreneurs sont autorisés à soumissionner. La transformation de tels groupements en une forme juridique déterminée ne peut être exigée pour la présentation de l'offre, mais le groupement retenu peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué.»

11 Cette disposition est en substance identique à l'article 21 de la directive 71/305 qu'elle remplace.

12 L'article 36, paragraphe 1, de la directive 93/37 abroge la directive 71/305, «sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition et d'application indiqués à l'annexe VII». Selon cette annexe, le délai de transposition de l'article 21 de la directive 71/305 était, pour ce qui concerne la République hellénique, fixé au 1er janvier 1981.

13 L'article 36, paragraphe 2, de la directive 93/37 prévoit que les références faites à la directive 71/305, abrogée, s'entendent comme faites à la directive 93/37.

Le droit national

14 Il ressort de l'ordonnance de renvoi que la procédure d'appel à la concurrence en cause au principal est régie à titre principal par la loi n° 1418/1984 (23 A), relative aux travaux publics et à des questions connexes, ainsi que par le décret présidentiel n° 609/1985 (223 A). Cette législation prévoit, sous certaines conditions, le remplacement d'un membre d'un groupement d'entrepreneurs déclaré attributaire d'un marché donné. Ce remplacement, qui s'effectue toujours après autorisation du maître de l'ouvrage, n'est prévu qu'au stade de l'exécution des travaux, soit l'étape qui suit la signature du marché entre l'attributaire et le maître de l'ouvrage, et non à un stade antérieur à l'attribution du marché.

Le litige au principal et la question préjudicielle

15 L'État hellénique a décidé de lancer un appel international à la concurrence portant sur l'étude, la construction, l'autofinancement et l'exploitation de l'ouvrage «Métro de Thessalonique», pour un budget de 65 000 000 000 GRD. Il a choisi pour l'attribution de ce marché une forme de procédure restreinte comportant six phases: la phase de présélection des candidats invités à présenter une offre, la phase de soumission des offres par les candidats présélectionnés, la phase d'évaluation de leurs offres techniques, la phase d'évaluation de leurs offres économiques et financières, la phase des négociations entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire désigné adjudicataire provisoire, et la phase de signature du contrat.

16 Par arrêté du 18 juin 1992, le ministre de l'Environnement, de l'Aménagement du territoire et des Travaux publics grec (ci-après le «ministre») a approuvé l'avis de marché engageant la première phase de la procédure (présélection des candidats). À l'issue de cette phase, huit groupements d'entrepreneurs qui s'étaient portés candidats, parmi lesquels Makedoniko Metro et le groupement d'entrepreneurs Thessaloniki Metro (ci-après «Thessaloniki Metro»), ont été autorisés à soumissionner.

17 Par arrêté du 1er février 1993, le ministre a approuvé les dossiers de l'appel à la concurrence relatifs à la deuxième phase de la procédure (soumission des offres par les candidats présélectionnés), comportant notamment l'avis complémentaire de marché (ci-après l'«avis complémentaire») et le cahier spécial des charges.

18 L'article 6, paragraphe 2, de l'avis complémentaire précisait que les groupements présélectionnés étaient autorisés à participer dans la composition qui était la leur lors de la première phase de la procédure, que la création de groupements ou d'autres formes de coopération entre eux était formellement exclue et, enfin, que l'élargissement d'un groupement à un nouveau membre était possible, pour autant que celui-ci n'avait en aucune façon fait partie d'autres groupements présélectionnés pour la deuxième phase de la procédure.

19 L'article 12, paragraphe 2, de l'avis complémentaire disposait que le dossier de chacun des soumissionnaires devait comporter tous les documents montrant que le soumissionnaire avait la forme juridique de groupement d'entrepreneurs, et notamment un acte notarié attestant la constitution d'un groupement d'entrepreneurs entre tous les membres du groupement présélectionné, y compris les éventuels nouveaux membres, conformément aux dispositions de l'article 6 dudit avis complémentaire. Aux termes de l'article 12, paragraphes 3 et 4, de l'avis complémentaire, ces dossiers devaient également contenir les procès-verbaux authentifiés des conseils d'administration des membres du groupement autorisant leur participation audit groupement, ainsi que les copies, visées par les autorités

compétentes, des statuts des éventuels nouveaux membres du groupement. Enfin, l'article 12, paragraphe 6, de l'avis complémentaire exigeait que tous les éléments mentionnés à l'article 7, paragraphes 1 à 4, de l'avis relatif à la première phase du marché concernant les éventuels nouveaux membres d'un groupement d'entrepreneurs figurent au dossier.

20 L'article 7, paragraphe 2, de ce dernier avis prévoyait que les groupements d'entrepreneurs concernés devaient exposer leurs intentions quant à leur niveau de participation au financement de l'ouvrage et déposer une déclaration affirmant qu'ils étaient disposés à contribuer à l'apport des capitaux indispensables pour, outre les subventions de toute espèce, assurer l'achèvement, la conservation et le fonctionnement de l'ouvrage.

21 L'article 7, paragraphe 3, de cet avis énonçait que toute entreprise de construction ou bureau d'étude était tenu de présenter une attestation d'inscription au registre professionnel de son pays d'établissement et de déposer des documents justifiant sa capacité financière et économique de même que ses capacités et aptitudes techniques, et l'article 7, paragraphe 4, dudit avis stipulait que les entreprises du groupement d'entrepreneurs qui s'occuperaient plus spécialement de l'exploitation des ouvrages étaient tenues de présenter des certificats adéquats établissant leur aptitude et leur expérience dans l'exploitation d'installations de transport et en particulier d'un métro.

22 Il résulte des dispositions combinées des avis de marché que, pour la deuxième phase de la procédure, la possibilité pour un groupement d'entrepreneurs présélectionné lors de la première phase de s'élargir à de nouveaux membres était prévue, mais que cet élargissement n'était possible que jusqu'au moment fixé pour le dépôt des offres des soumissionnaires.

23 La deuxième phase de la procédure a donné lieu à la présentation de soumissions techniques, d'études économiques et d'offres financières, émanant, entre autres, de Makedoniko Metro et de Thessaloniki Metro.

24 Au moment où s'est opérée la présélection, Makedoniko Metro avait pour membres les sociétés Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA et Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, détenant des quotes-parts respectives de 70 %, 20 %, 5 % et 5 %.

25 Lors de la deuxième phase de la procédure, le groupement Makedoniko Metro s'est étendu à la société AEG Westinghouse Transport Systems GmbH. Les quotes-parts des quatre sociétés précitées se sont alors élevées, respectivement à 63 %, 17 %, 5 % et 5 %, tandis que la quote-part d'AEG Westinghouse Transport Systems GmbH s'élevait à 10 %. Telle était la composition de Makedoniko Metro lorsqu'il a été désigné, le 14 juin 1994, adjudicataire provisoire. Cette composition n'est pas contestée entre les parties au principal.

26 Après la constitution, par décision du 24 juin 1994, de la commission chargée des négociations et après le début des négociations entre l'État hellénique et Makedoniko Metro en sa qualité d'adjudicataire provisoire, ce dernier, par lettre du 29 mars 1996, a notifié au ministre une nouvelle composition, comprenant, comme membres, la société Michaniki, la société ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (ci-après «Adtranz») et le groupement Fidel Group, lui-même composé d'Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA et Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, les quotes-parts respectives s'élevant à 80 % pour Michaniki, à 19 % pour Adtranz et à 1 % pour Fidel Group.

27 Ultérieurement, par lettre du 14 juin 1996, adressée à la commission des grands travaux, répondant à des questions portant sur les rumeurs de faillite et de mise en liquidation des membres du groupement Fidel Group, Makedoniko Metro a fait savoir à cette commission que les sociétés de ce groupement ne faisaient plus partie de Makedoniko Metro et que, à cette date, celui-ci avait pour membres les sociétés Michaniki, Adtranz et Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult), dont les quotes-parts respectives s'élevaient à 80,65 %, 19 % et 0,35 %. L'acte constitutif de Makedoniko Metro, dans cette composition, n'a pas été présenté à l'administration. La signature de cet acte date du 27 novembre 1996. C'est dans cette dernière composition que Makedoniko Metro a introduit l'action au principal.

28 Constatant des différences substantielles entre les positions adoptées par Makedoniko Metro et les prescriptions imposées pour le marché, le ministre, considérant que les négociations avaient échoué, a, par décision du 29 novembre 1996, ordonné qu'il soit mis fin aux négociations entre l'État hellénique et Makedoniko Metro et a invité Thessaloniki Metro à entamer des négociations, en qualité de premier candidat adjudicataire provisoire.

29 Le 10 décembre 1996, Makedoniko Metro a formé, devant le Symvoulio tis Epikrateias (Conseil d'État) (Grèce), un recours en annulation contre la décision du ministre, du 29 novembre 1996. Par arrêt n° 971/1998 du 6 mars 1998, le Conseil d'État a rejeté ce recours au motif que Makedoniko Metro ne pouvait légitimement modifier sa composition après la présentation des offres et après avoir été choisi comme attributaire provisoire, tout en continuant à participer à la procédure litigieuse, et que, en conséquence, il ne pouvait à bon droit, dans cette nouvelle composition, demander l'annulation de l'acte attaqué.

30 En outre, Makedoniko Metro et Michaniki ont introduit, devant le Dioikitiko Protodikeio Athinon (tribunal administratif de première instance d'Athènes) (Grèce), une action en justice visant à ce que soit reconnue l'obligation, pour l'État hellénique, de verser certaines sommes à titre de dommages-intérêts et de réparation financière du dommage moral qu'ils auraient subi à la suite de l'acte illicite et du manquement de l'administration. Par jugement n° 3794/1999 du 30 avril 1999, ledit Tribunal administratif a rejeté cette action au motif que, dans sa nouvelle composition, dans laquelle il avait engagé l'action en justice, Makedoniko Metro n'était pas habilité à réclamer une réparation.

31 Makedoniko Metro et Michaniki ayant interjeté appel de ce jugement devant le Dioikitiko Efeteio Athinon, celui-ci a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«La modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à des procédures d'appel à la concurrence relatives à un marché public

de travaux, modification intervenue après la soumission des offres et le choix du groupement d'entrepreneurs en qualité d'attributaire provisoire et tacitement admise par le pouvoir adjudicateur, doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle a pour effet de priver ledit groupement du droit de participer à la procédure d'appel à la concurrence et, par voie de conséquence, du droit et de l'intérêt qui seraient siens au regard de l'attribution du marché relatif à l'exécution des travaux?

Une telle interprétation est-elle compatible avec les dispositions et avec l'esprit des directives 93/37/CEE et 89/665/CEE?»

Sur la demande de réouverture de la procédure orale

32 Par lettre du 15 juillet 2002, Makedoniko Metro a demandé la réouverture de la procédure orale, «afin d'éclairer la Cour sur l'objet de la procédure nationale qui a donné lieu aux questions préjudicielles».

33 À l'appui de sa demande, Makedoniko Metro conteste en particulier le point 35 des conclusions de M^me^ l'avocat général, dans lequel elle reformule la question préjudicielle, et le point 79 desdites conclusions, qui précise l'objet de la question préjudicielle. Selon Makedoniko Metro, c'est à tort que M^me^ l'avocat général considère que les autorités nationales ont pris une décision excluant Makedoniko Metro de la procédure de passation de marché litigieuse à cause de la modification de sa composition. En effet, le pouvoir adjudicateur n'aurait jamais pris de décision excluant Makedoniko Metro de cette procédure pour cause de modification de sa composition, et, par conséquent, le litige au principal ne pourrait avoir une telle décision pour objet.

34 Il convient de rappeler que la Cour peut d'office ou sur proposition de l'avocat général, ou encore à la demande des parties, ordonner la réouverture de la

procédure orale, conformément à l'article 61 de son règlement de procédure, si elle considère qu'elle est insuffisamment éclairée ou que l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties (voir arrêts du 10 février 2000, Deutsche Post, C-270/97 et C-271/97, Rec. p. I-929, point 30, et du 18 juin 2002, Philips, C-299/99, Rec. p. I-5475, point 20).

35 En ce qui concerne les arguments soulevés par Makedoniko Metro, il y a toutefois lieu de rappeler, d'une part, que, selon une jurisprudence constante, la Cour peut, le cas échéant, reformuler une question préjudicielle en vue de respecter les limites de sa compétence et de fournir à la juridiction de renvoi une réponse utile (voir dans ce sens les arrêts du 4 mai 1993, Distribuidores Cinematográficos, C-17/92, Rec. p. I-2239, point 8, et du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 33) et, d'autre part, que la définition de l'objet de la procédure au principal appartient à la juridiction nationale.

36 Les observations que Makedoniko Metro demande à développer dans le cadre d'une réouverture de la procédure orale portent exclusivement sur des questions relevant du domaine de compétence de la juridiction de renvoi.

37 Eu égard à ces considérations, la Cour, l'avocat général entendu, considère que la demande de Makedoniko Metro ne comporte aucun élément qui ferait apparaître l'utilité ou la nécessité d'une réouverture de la procédure orale.

38 Il convient, en conséquence, de rejeter la demande de Makedoniko Metro.

Sur la question préjudicielle

Observations soumises à la Cour

39 Makedoniko Metro et Michaniki font valoir que la décision du 29 novembre 1996, mettant fin aux négociations entre l'État hellénique et Makedoniko Metro, n'était pas fondée sur la modification de la composition de ce groupement. Au contraire, cette décision aurait traité Makedoniko Metro comme ayant gardé la qualité de soumissionnaire, c'est-à-dire comme conservant, en dépit des modifications de sa composition, le droit formel de participer au concours en cause. En conséquence, dans sa composition finale, Makedoniko Metro serait resté titulaire des rapports de droit qui découlent de la procédure de concours litigieuse et pourrait dès lors faire valoir une légitimation active et un intérêt légitime à demander une indemnisation pour la violation des dispositions de la directive 93/37, ainsi que pour la violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires qui, étant un principe général du droit communautaire, s'applique également au marché public en cause au principal (même s'il devait être qualifié de concession de travaux publics). Selon Makedoniko Metro et Michaniki, il s'agit en l'espèce d'un cas classique de marché public de travaux mais, même au cas où le contrat en cause au principal devrait être qualifié de contrat de concession, la directive 89/665 s'appliquerait néanmoins, puisqu'elle n'est qu'une émanation spécifique du principe général de la protection effective des droits des justiciables qui sont affectés par des violations du droit communautaire des marchés publics.

40 Makedoniko Metro et Michaniki considèrent qu'il y a lieu de répondre à la question préjudicielle en ce sens que la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui a participé à une procédure d'appel à la concurrence relative à un marché public de travaux ou à l'attribution d'une concession de travaux publics — modification tacitement admise par le pouvoir adjudicateur et intervenue après la soumission des offres et le choix du groupement d'entrepreneurs comme attributaire provisoire, et qui n'est de surcroît pas mentionnée parmi les raisons invoquées à l'appui de la décision d'arrêt des négociations et d'exclusion du groupement de la suite de la

procédure — ne saurait avoir pour effet de priver ledit groupement de la qualité de soumissionnaire ni de lui enlever, à lui ou à ses membres, son intérêt ou son droit à obtenir le marché public ou de lui ôter, par voie de conséquence, son intérêt légitime ou sa légitimation active pour faire valoir la protection des droits qui lui sont conférés par le droit communautaire et qui font l'objet de la procédure litigieuse. Toute interprétation en sens contraire des dispositions nationales en cause violerait la lettre et l'esprit des directives 93/37 et 89/665 et, tout particulièrement, du principe général de la protection effective des droits des justiciables.

41 Le gouvernement hellénique observe que les directives 93/37 et 89/665 ne mentionnent pas la question de la modification éventuelle d'un groupement d'entrepreneurs.

42 La question de la licéité ou de l'illicéité de la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs participant à un marché public de travaux n'étant pas régie par le droit communautaire, ce seraient les dispositions pertinentes de l'ordre juridique national qui s'appliquent, lesquelles ne permettraient pas le remplacement d'un membre d'un groupement d'entrepreneurs au stade de la procédure qui précède l'attribution du marché.

43 Le gouvernement hellénique en conclut que la question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

44 Le gouvernement autrichien soutient qu'il convient de reformuler la question préjudicielle en ce sens qu'elle vise à savoir si la directive 93/37 s'oppose à une modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs après la soumission des offres, faisant en sorte de priver ledit groupement du droit de participer à la procédure d'appel à la concurrence et, par voie de conséquence, du droit et de l'intérêt qui seraient siens au regard de l'attribution du marché relatif à l'exécution des travaux.

45 Il fait valoir que la directive 93/37 ne comporte que des dispositions rudimentaires concernant les groupements d'entrepreneurs. Elle viserait à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre et désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre. Les indications données dans l'ordonnance de renvoi ne laisseraient apparaître aucun indice d'infraction aux principes du droit communautaire.

46 Au vu de ces considérations, le gouvernement autrichien conclut que la question préjudicielle, telle que reformulée, appelle la réponse suivante: la directive 93/37 ne s'oppose pas à une modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs après la soumission des offres; eu égard à cette directive, ledit groupement ne perd pas son droit de participer à la procédure d'appel à la concurrence et, par voie de conséquence, ne perd pas le droit ni l'intérêt qui seraient siens au regard de l'attribution du marché relatif à l'exécution des travaux.

47 La Commission souligne que la première partie de la question préjudicielle pourrait être comprise comme invitant la Cour à se prononcer sur l'interprétation du droit national, ce qui ne relèverait pas de sa compétence. En vue de résoudre cette difficulté et de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi, la Commission propose de reformuler ladite question et de l'aborder sous forme de trois questions distinctes, à savoir:

1) La directive 93/37 comprend-elle des règles permettant ou prohibant la modification de composition d'un groupement qui a déjà soumis une offre? Plus particulièrement, un État membre peut-il prévoir dans sa législation nationale, et un pouvoir adjudicateur peut-il prévoir dans le cahier des charges, des règles imposant aux soumissionnaires une obligation, sous peine d'exclusion, de ne pas changer de composition lors d'une procédure de mise en concurrence?

2) Le droit communautaire permet-il qu'un pouvoir adjudicateur puisse continuer à négocier avec un soumissionnaire qui a modifié sa composition en violation des règles de droit national et du cahier des charges?

3) La modification de la composition d'un groupement, contraire aux règles de droit national et du cahier des charges, affecte-t-elle l'exercice des droits que ce groupement pourrait faire valoir sur la base de la directive 89/665, et plus particulièrement de demander des dommages et intérêts?

48 En ce qui concerne la première de ces questions, la Commission relève que la directive 93/37 ne contient pas de règles qui traitent explicitement de la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs. La seule disposition sur les groupements serait celle de l'article 21 de cette directive, qui leur permet de soumissionner sans qu'une forme juridique déterminée puisse leur être imposée avant l'attribution du marché. De l'avis de la Commission, aucune disposition de la directive 93/37 n'imposerait aux pouvoirs adjudicateurs une ligne de conduite spécifique concernant cet aspect de la procédure. Par conséquent, l'approche à suivre resterait du domaine de la législation nationale ou d'une décision ad hoc du pouvoir adjudicateur.

49 Ces observations, qui se réfèrent au système général de la directive 93/37, seraient également pertinentes dans le cadre d'un marché de concession de travaux publics. En effet, le régime particulier prévu par cette directive pour les concessions de travaux se limiterait à des règles de publicité et laisserait le concédant libre de fixer les conditions de sélection des candidats et d'attribution de la concession selon les règles de son droit national.

50 Dès lors, la Commission propose de répondre à la première question reformulée que la directive 93/37 ne contient pas de règles qui empêcheraient la législation

nationale ou le cahier des charges de prévoir qu'une modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs ne sera pas permise après une certaine phase de la procédure de mise en concurrence, et plus particulièrement après la soumission d'une offre.

51 En ce qui concerne la deuxième question reformulée, la Commission considère qu'il y aurait violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires si un pouvoir adjudicateur dérogeait unilatéralement en faveur d'un soumissionnaire aux données et conditions fixées dans le cahier des charges, conditions présentées comme non modifiables, sans rouvrir l'ensemble de la procédure, permettant ainsi aux autres soumissionnaires, y compris les soumissionnaires potentiels, de pouvoir bénéficier de cette dérogation.

52 Aussi, en réponse à cette question, la Commission estime que le droit communautaire ne permet pas qu'un pouvoir adjudicateur puisse continuer à négocier avec un soumissionnaire qui a modifié sa composition en violation des règles du droit national et du cahier des charges.

53 Quant à la troisième question reformulée, la Commission rappelle que, aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665, seules les décisions dont il est allégué qu'elles violent le droit communautaire ou les règles nationales transposant ce droit doivent pouvoir faire l'objet d'un recours. Il en résulterait que cette disposition n'oblige pas les États membres à prévoir des procédures permettant un recours contre des décisions prises dans le cadre d'une procédure d'adjudication et violant des règles de droit national qui ne transposent pas les directives communautaires en matière de marchés publics.

54 Dans ces circonstances, il conviendrait de répondre à la troisième question reformulée que la modification de la composition d'un groupement, contraire aux règles de droit national et au cahier des charges, n'affecte pas l'exercice des droits que ce groupement pourrait faire valoir sur le fondement de la directive 89/665, et

plus particulièrement celui de demander des dommages et intérêts, pour autant que les motifs d'exclusion de ce groupement seraient contraires au droit communautaire des marchés publics ou aux règles de droit national transposant ce droit.

Appréciation de la Cour

55 Il convient de rappeler que, dans le cadre de l'article 234 CE, la Cour n'est compétente pour se prononcer ni sur l'interprétation de dispositions législatives ou réglementaires nationales ni sur la conformité de telles dispositions avec le droit communautaire. Elle peut cependant fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui permettront à celle-ci de résoudre le problème juridique dont elle se trouve saisie (arrêts précités Distribuidores Cinematográficos, point 8, et Teckal, point 33).

56 En outre, selon une jurisprudence constante, il reste réservé à la Cour, en présence de questions formulées de manière imprécise, d'extraire de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale et du dossier du litige au principal les éléments de droit communautaire qui appellent une interprétation, compte tenu de l'objet du litige (arrêts du 26 septembre 1996, Arcaro, C-168/95, Rec. p. I-4705, point 21, et Teckal, précité, point 34).

57 Eu égard aux indications que comporte l'ordonnance de renvoi, et étant donné que la juridiction de renvoi pose la question tant du point de vue de la directive 93/37, que du point de vue de la directive 89/665, il y a lieu de considérer que cette juridiction demande en substance:

1) si la directive 93/37 s'oppose à une réglementation nationale interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui

participe à une procédure de passation d'un marché public de travaux, intervenue après la soumission des offres, et,

2) si et dans quelle mesure la directive 89/665 ouvre des droits de recours à un tel groupement d'entrepreneurs.

58 Quant à la première branche de la question, l'ordonnance de renvoi n'indique pas si le marché en cause au principal est un «marché public de travaux» ou une «concession de travaux publics» au sens de la directive 93/37. Il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, de trancher cette question. Dans ces conditions, il y a lieu d'aborder la question en examinant successivement chacune des deux hypothèses.

59 Dans l'hypothèse où il s'agirait d'un «marché public de travaux» au sens de la directive 93/37, cette directive serait applicable aux termes de ses articles 4 à 6.

60 La seule disposition de la directive 93/37 ayant trait aux groupements d'entrepreneurs est son article 21. Or, celui-ci se borne, d'une part, à préciser que les groupements d'entrepreneurs sont autorisés à soumissionner et, d'autre part, à interdire que leur transformation en une forme juridique déterminée soit exigée avant que le marché ait été attribué au groupement retenu.

61 Force est de constater que cet article ne contient aucune disposition quant à la composition de tels groupements. La réglementation de cette composition relève donc de la compétence des États membres.

62 La même solution s'applique a fortiori dans l'hypothèse où serait en cause, dans le litige au principal, une «concession de travaux publics» au sens de la directive 93/37. En effet, il découle de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive que son article 21 n'est même pas applicable à de telles concessions.

63 Par conséquent, il y a lieu de répondre à la première branche de la question préjudicielle que la directive 93/37 ne s'oppose pas à une réglementation nationale interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à une procédure de passation d'un marché public de travaux ou d'une concession de travaux publics, intervenue après la soumission des offres.

64 Quant à la deuxième branche de la question, il convient de relever que, par son article 1er, paragraphe 1, la directive 89/665 impose aux États membres l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des procédures de passation de marchés publics relevant du champ d'application des directives communautaires en la matière puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

65 Les États membres sont en outre tenus, ainsi qu'il ressort du paragraphe 3 du même article, d'assurer que ces recours soient accessibles 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.

66 C'est donc au regard de ces éléments qu'il convient d'examiner la question de savoir si un groupement d'entreprises tel que Makedoniko Metro doit, dans des conditions telles que celles de l'affaire au principal, avoir accès aux voies de recours prévues par la directive 89/665.

67 À cet égard, il y a lieu tout d'abord de rappeler que, ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi et qu'il a été relevé au point 28 du présent arrêt, par la décision du 29 novembre 1996, le ministre, constatant des différences substantielles entre les positions adoptées par Makedoniko Metro et les prescriptions imposées pour le marché, a ordonné qu'il soit mis fin aux négociations avec ce groupement d'entreprises.

68 Afin de déterminer si ladite décision du ministre relève de la notion de «décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs» employée à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665, il convient de rappeler que la Cour a précisé que cette notion recouvre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs qui sont soumises aux règles du droit communautaire en matière de marchés publics (arrêt du 18 juin 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 37).

69 Or, sur la question de savoir si de telles règles s'appliquent au cas d'espèce, il convient de rappeler que, même en l'absence, dans les directives communautaires en matière de marchés publics, de dispositions spécifiquement applicables, les principes généraux du droit communautaire, dont notamment le principe d'égalité de traitement, régissent également les procédures de passation de marchés publics (voir arrêts du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 60, et HI, précité, point 47).

70 Dans la mesure où de tels principes étaient jugés applicables à une décision prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, cette décision relèverait donc également des règles prévues par la directive 89/665 afin de garantir le respect des prescriptions du droit communautaire en matière de marchés publics (voir arrêt HI, précité, point 48).

71 Le cas échéant, il appartiendra à la juridiction de renvoi de décider, au vu des éléments en présence, si de tels principes s'appliquent dans l'affaire au principal.

72 Il appartiendra également à la juridiction de renvoi d'établir si Makedoniko Metro peut être considéré, également dans sa nouvelle composition, comme ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché en cause au principal et comme ayant été lésé par la décision du ministre du 29 novembre 1996, au sens de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665.

73 Dans ces conditions, il convient de répondre à la deuxième branche de la question préjudicielle que, dans la mesure où une décision d'un pouvoir adjudicateur porte atteinte aux droits qu'un groupement d'entrepreneurs tire du droit communautaire dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, ce groupement doit avoir accès aux voies de recours prévues par la directive 89/665.

74 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que:

1) la directive 93/37 ne s'oppose pas à une réglementation nationale interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à une procédure de passation d'un marché public de travaux ou d'une concession de travaux publics, intervenue après la soumission des offres, et,

2) dans la mesure où une décision d'un pouvoir adjudicateur porte atteinte aux droits qu'un groupement d'entrepreneurs tire du droit communautaire dans

le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, ce groupement doit avoir accès aux voies de recours prévues par la directive 89/665.

Sur les dépens

75 Les frais exposés par le gouvernement autrichien et par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur la question à elle soumise par le Dioikitiko Efeteio Athinon, par ordonnance du 26 octobre 2000, dit pour droit:

1) **La directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ne s'oppose pas à une réglementation nationale interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à une procédure de passation d'un marché public de travaux ou d'une concession de travaux publics, intervenue après la soumission des offres.**

2) **Dans la mesure où une décision d'un pouvoir adjudicateur porte atteinte aux droits qu'un groupement d'entrepreneurs tire du droit communautaire dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, ce groupement doit avoir accès aux voies de recours prévues par 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.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 23 janvier 2003.

Le greffier

R. Grass

Le président de la sixième chambre

J.-P. Puissochet