

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} CHRISTINE STIX-HACKL

présentées le 16 décembre 2004¹

I — Introduction

II — Cadre juridique

A — *Droit communautaire*

2. L'article 1^{er}, paragraphe 1, stipule que:

1. La présente procédure préjudicielle concerne le problème juridique de la possibilité de contrôler le retrait d'une procédure d'attribution de marché. Plus précisément se pose la question de savoir si 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 travaux² (ci-après la «directive»), oblige les États membres à prévoir la possibilité de l'annulation également pour le retrait ou du moins pour la décision du pouvoir adjudicateur de procéder à un retrait.

«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 et 77/62/CEE, les mesures nécessaires pour assurer 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. L'article 2, paragraphe 1, qui énumère les possibilités de recours devant être mises en

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 395, p. 33.

place par les États membres, stipule notamment que:

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

publics (Bundesvergabegesetz 2002, ci-après le «BVerG») ³ est fondé sur une distinction entre les décisions qui peuvent être attaquées séparément et celles qui ne peuvent pas l'être. Les décisions qui ne peuvent pas être attaquées séparément ne peuvent l'être que conjointement avec des décisions ultérieures susceptibles d'être attaquées séparément.

[...]

- 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;

5. Selon l'article 20, point 13, sous a), aa), du BVerG, les décisions qui peuvent être attaquées séparément dans la procédure d'adjudication ouverte sont: l'appel d'offres, diverses constatations intervenues pendant le délai de soumission des offres et la décision d'attribution. Il s'ensuit que le retrait après l'ouverture des offres n'est pas une décision susceptible d'être attaquée séparément.

[...]»

B — Droit national

4. Le système de recours prévu par la loi fédérale de 2002 sur la passation des marchés

6. L'article 105 régleme le retrait après l'expiration du délai de présentation des offres. Le paragraphe 2 de cet article autorise le pouvoir adjudicateur à procéder au retrait pour des motifs graves, qui justifient objectivement le retrait. Le retrait d'un appel d'offres dans le seul but de permettre un nouvel appel d'offres afin de réduire le prix d'une offre n'est pas objectivement justifié.

3 — BGBl. (Journal officiel de la République d'Autriche) I, 99/2002.

7. En vertu de l'article 162, paragraphe 2, point 2, du BVerG, le Bundesvergabeamt est compétent, jusqu'à l'attribution du marché, pour déclarer nulles les décisions illégales du pouvoir adjudicateur, pour les motifs invoqués par un demandeur, et ce dans le but de mettre fin à des infractions à cette loi fédérale et à ses règlements d'application.

8. Selon l'article 166, paragraphe 2, point 1, du BVerG, un recours est irrecevable s'il ne vise pas une décision susceptible d'être attaquée séparément.

9. D'après la juridiction de renvoi, on ne saurait, en l'espèce, selon le système institué par le BVerG, engager un recours contre l'illégalité éventuelle du retrait de l'appel d'offres après l'ouverture des offres en liaison avec une décision ultérieure susceptible d'être attaquée séparément, dès lors que, le retrait mettant fin à la procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur ne prendra plus aucune autre décision dans cette affaire.

10. La juridiction de renvoi en déduit que le système établi par le BVerG ne permet pas de faire examiner et, le cas échéant, annuler, dans le cadre d'un recours, le retrait de l'appel d'offres après l'ouverture des offres

dans une procédure d'adjudication ouverte. La juridiction de renvoi estime que, dans ce système, le Bundesvergabeamt est, après le retrait d'un appel d'offres, (seulement) compétent pour vérifier si ce retrait était illégal en raison d'une violation de cette loi fédérale. Une constatation en ce sens, par le Bundesvergabeamt, est la condition qui permet aux entreprises de faire valoir des demandes de dommages-intérêts fondées sur l'illégalité du retrait à l'encontre du pouvoir adjudicateur.

III — Faits, procédure au principal et questions préjudicielles

11. Par avis du 26 septembre 2003, la société Bundesimmobiliengesellschaft mbH (ci-après la «BIG») a lancé un appel d'offres pour le lot «Travaux de démolition» du marché libellé «lycée 'académique', construction d'une école primaire et de trois gymnases à 6020 Innsbruck, Angerzellgasse 14» par le biais d'une procédure d'adjudication ouverte (ci-après la «première procédure d'adjudication»).

12. La BIG, dont l'État fédéral détient 100 % des parts, a été fondée notamment pour adapter la gestion des constructions et des biens fonciers de l'État. L'objet de l'entreprise comprend entre autres: la mise à

disposition d'espaces à des fins d'intérêt fédéral, seule ou en commun avec des tiers et, dans ce cadre, en tenant tout particulièrement compte des besoins de l'État fédéral, notamment l'achat, l'utilisation, la gestion, la mise en location et la vente de biens fonciers et de locaux, la construction et l'entretien de bâtiments, la prestation centralisée de services de gestion immobilière ainsi que l'exécution de diverses missions auxiliaires ou annexes en rapport avec l'objet de l'entreprise, à l'exclusion cependant de toutes les opérations qui relèvent de la loi sur le crédit (Kreditwesengesetz).

participer à une procédure de négociation sans avis de marché préalable pour les travaux de démolition (salle de sports située dans l'Angerzellgasse) afférents au projet immobilier «Construction d'une école primaire avec une garderie et de trois gymnases souterrains (ci-après la «seconde procédure d'adjudication»)). Koppensteiner a aussi fait une offre dans cette seconde procédure. Il s'agissait, en substance, des mêmes prestations dans les deux procédures, même si, dans la seconde, il était précisé que «le tri sommaire des matériaux est possible sur place». Dans la seconde procédure, la valeur du marché était désormais évaluée à 90 000 euros.

13. La première procédure d'adjudication concerne un marché de construction évalué à 8 600 000 euros. Le lot «Travaux de démolition» litigieux était évalué à 95 000 euros.

14. Par lettre du 29 octobre 2003, la BIG a signalé notamment à la société Koppensteiner GmbH (ci-après «Koppensteiner») que l'appel d'offres avait été retiré à l'issue du délai imparti pour soumettre des offres en raison de motifs graves au sens de l'article 105 du BVerG.

15. Le 6 novembre 2003, Koppensteiner a, par téléphone, été invitée par la BIG à

16. Le 13 novembre 2003, Koppensteiner a, concernant la première procédure d'adjudication, demandé l'annulation du retrait de l'appel d'offres et l'interdiction d'un nouvel appel d'offres dans le cadre d'une nouvelle procédure d'adjudication ainsi que, à titre subsidiaire, la constatation du caractère illégal du retrait. Concernant la seconde procédure d'adjudication, Koppensteiner a, entre autres, demandé l'annulation de cette procédure.

17. Par décision du Bundesvergabeamt du 20 novembre 2003, la BIG s'est vu interdire d'ouvrir les offres de la seconde procédure d'adjudication pour la durée de la procédure de recours, mais au plus tard jusqu'au 13 janvier 2004.

18. Ainsi qu'il ressort du dossier, la BIG a, le 28 janvier 2004, attribué le marché à une autre entreprise dans le cadre de la seconde procédure d'adjudication. Les travaux de démolition ont d'ailleurs déjà été effectués par cette entreprise.

19. Face au Bundesvergabeamt, la BIG a fait valoir en substance, à titre de motif du retrait, que toutes les offres chiffrées, en dépit du sérieux de l'évaluation du marché, s'étaient révélées très supérieures à la valeur évaluée du marché. Le lot «Travaux de démolition» avait été évalué à 95 000 euros pour la première procédure d'adjudication et à 90 000 euros pour la seconde. Or, l'offre la moins chère était de 304 150 euros pour la première procédure et, partant, encore beaucoup trop élevée.

20. Koppensteiner a fait valoir, entre autres, que, en vertu de l'arrêt de la Cour dans l'affaire HI, «la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres [... doit pouvoir] faire l'objet d'une procédure de recours et être annulée, le cas échéant, au motif qu'elle a violé le droit communautaire en matière de marchés publics»⁴.

21. De plus, Koppensteiner a soutenu que, «par application analogique de l'article 100, paragraphe 2, du BVerG et du délai de statu quo qui y est prévu, les soumissionnaires doivent pouvoir attaquer la décision de retrait par application analogique des dispositions concernant la décision d'attribution du marché». Selon Koppensteiner, la décision de retirer l'offre est à interpréter par analogie comme une décision d'attribution, puisqu'il s'agit, de la part du pouvoir adjudicateur, d'une décision de n'attribuer le marché à aucun des soumissionnaires.

22. Le 12 janvier 2004, le Bundesvergabeamt a déféré à la Cour les questions suivantes à titre préjudiciel:

«1) Les dispositions combinées de l'article 1^{er} et de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, sont-elles si incondtionnelles et précises qu'un particulier peut s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales en cas de retrait d'un appel d'offres après l'ouverture des offres et être admis à engager un recours contre ce retrait?

2) Si la première question appelle une réponse négative: les dispositions combinées de l'article 1^{er} et de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive

4 — Sur ce point, voir dispositif de l'arrêt du 18 juin 2002 (C-92/00, Rec. p. I-5553).

89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, sont-elles à interpréter en ce sens que les États membres sont tenus d'ouvrir dans tous les cas, contre la décision d'un pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres, préalable au retrait lui-même, avant l'attribution du marché (la décision de retrait étant assimilée à une décision d'attribution), une voie de recours par laquelle le justiciable, indépendamment de la possibilité de demander des dommages-intérêts après le retrait, peut obtenir l'annulation de la décision dès lors que les conditions sont réunies à cet effet?»

IV — Recevabilité

23. La BIG et le gouvernement autrichien ont mis en doute la recevabilité de la seconde question préjudicielle, voire des deux questions. Selon le gouvernement autrichien, l'annulation du retrait est impossible, au motif que, dans cette procédure d'adjudication, une nouvelle attribution est impossible en droit comme en fait. Après l'attribution du marché, le Bundesvergabeamt n'aurait plus compétence pour annuler le retrait, sa compétence se limitant à la constatation de l'illégalité du retrait. Pour justifier l'irrecevabilité de la seconde question préjudicielle qui concerne une décision manifestant l'intention de retirer l'appel l'offres, la BIG fait valoir qu'une telle décision n'était plus possible dans le cadre de la procédure au principal.

24. La Cour a, dans une jurisprudence constante, jugé que le refus de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées⁵.

25. D'une part, il convient de noter que la juridiction de renvoi a bien fourni à la Cour tous les éléments nécessaires pour qu'elle soit en mesure d'apporter une réponse utile aux questions posées.

26. D'autre part, il convient de vérifier si les questions posées par la juridiction nationale continuent à être décisives pour la décision devant intervenir dans la procédure au principal, alors qu'il a été mis fin à la seconde procédure d'adjudication par l'attribution du marché.

⁵ — Voir, sur ce point, arrêts du 13 mars 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Rec. p. I-2099, point 39); du 22 janvier 2002, *Canal Satélite Digital* (C-390/99, Rec. p. I-607, point 19), et du 27 février 2003, *Adolf Truley* (C-373/00, Rec. p. I-1931, points 22 et suiv.).

27. La question qui se pose donc est celle de savoir si l'objet du litige au principal a, de ce fait, été modifié et s'il en découle que les questions préjudicielles qui visent le retrait sans inclure d'autres demandes de la procédure au principal sont devenues irrecevables.

28. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt rendu dans l'affaire Siemens et ARGE Telekom⁶, qui concernait également une demande du Bundesvergabeamt, la Cour tient également compte, dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité des questions préjudicielles, de l'évolution intervenue après la date de la décision de renvoi.

29. Dans cette procédure, il s'agissait d'apprécier les effets d'une décision du Bundesvergabeamt qui avait été annulée par le Verfassungsgerichtshof après l'introduction d'une demande de décision à titre préjudiciel. La Cour a abouti à la conclusion que les questions préjudicielles relatives aux effets de cette décision étaient devenues purement hypothétiques du fait de l'annulation de ladite décision. La Cour a cependant estimé que la question relative à l'éventuelle nullité d'attributions illégales était recevable.

30. On serait dans le cas de figure de l'affaire Siemens et ARGE Telekom si, dans la présente espèce, le retrait attaqué dans la procédure au principal avait été annulé entre-temps. Cela n'est cependant indubitablement pas le cas.

31. Contrairement à l'affaire Siemens et ARGE Telekom, on ne pose cependant pas expressément, dans la présente espèce, la question de l'appréciation juridique du nouvel appel d'offres ou des effets juridiques du contrat qui a été conclu dans le cadre de la seconde procédure d'attribution.

32. Les questions préjudicielles ont trait à la possibilité de faire un recours contre le retrait et visent donc la première procédure d'adjudication. Par conséquent, on ne saurait partir du principe que l'interprétation réclamée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige ou qu'elle est de nature hypothétique, étant donné que l'appréciation de la légalité du retrait en cause dans la procédure au principal concerne la première procédure d'adjudication et non pas la seconde. Plus précisément, ce n'est que cette dernière qui est concernée par l'attribution du marché. Il convient de donner l'avantage à cette approche formelle, c'est-à-dire l'appréciation séparée des deux procédures d'adjudication, du moins s'agissant de l'appréciation de la recevabilité.

6 — Arrêt du 18 mars 2004 (C-314/01, Rec. p. I-2549, points 38 et suiv.).

33. Du reste, on ne saurait exclure la nullité du contrat conclu dans la lancée de la seconde procédure d'adjudication, du fait d'éventuels actes illégaux de la part du pouvoir adjudicateur.

34. Il apparaît donc que les questions préjudicielles ont encore un lien avec l'objet de la procédure au principal, même après la modification de la situation de fait qui a donné lieu au litige.

35. De plus, on ne saurait pas non plus exclure que la réponse aux questions préjudicielles puisse également influencer sur l'appréciation de la légalité de la seconde procédure d'adjudication. En l'absence de fondement dans le droit national, le lien nécessaire pourrait également découler du droit communautaire. Ainsi, l'annulation du retrait, exigée par la directive, pourrait également avoir d'autres conséquences que la simple constatation de l'illégalité du retrait. En l'espèce, il ne s'agit cependant pas de cette question.

36. À titre complémentaire, il convient de noter que la question de la possibilité de former un recours contre un retrait se pose indépendamment du point de savoir ce que le pouvoir adjudicateur peut ou doit faire après l'éventuelle annulation du retrait. Ce

point concernerait, par exemple, la question de savoir si, dans certains cas, dans l'hypothèse d'un retrait dit «apparent», il existe malgré tout une obligation de mettre fin à la procédure d'adjudication par une attribution du marché.

37. Enfin, les questions préjudicielles seraient irrecevables si elles visaient une partie d'une procédure d'adjudication qui ne fait pas l'objet du litige dont est saisie la juridiction de renvoi⁷ ou si elles concernaient une autre procédure d'adjudication. Cela n'est cependant pas non plus le cas.

38. La juridiction de renvoi a expliqué quelles étaient les raisons qui l'ont amenée à considérer qu'une réponse aux questions préjudicielles est nécessaire pour qu'elle puisse trancher le litige dont elle a été saisie.

39. Il y a donc suffisamment d'éléments justifiant la nécessité de la réponse aux questions préjudicielles pour la décision devant intervenir dans le litige au principal.

⁷ — Concernant ce cas de figure, voir arrêt du 16 octobre 2003, Traunföllner (C-421/01, Rec. p. I-11941, point 38).

40. Par conséquent, il convient de considérer que les questions préjudicielles sont recevables.

V — Le contenu des questions préjudicielles

A — Remarques préliminaires

41. Les deux questions préjudicielles concernent le retrait de l'appel d'offres par le pouvoir adjudicateur et donc des aspects — liés entre eux — de la protection juridique devant les instances de recours nationales. Pour l'essentiel, il s'agit de la question de savoir si la directive contraint les États membres à prévoir la possibilité de l'annulation du retrait.

42. Alors que la première question préjudicielle concerne l'éventuelle applicabilité directe des dispositions combinées des articles 1^{er} et 2, paragraphe 1, sous b), de la directive, la seconde question préjudicielle a pour objet l'interprétation de ces dispositions.

43. Comme la Commission l'indique à juste titre, il convient, par principe, de répondre à

la question de l'interprétation conforme au droit communautaire à la lumière d'une disposition d'une directive avant de répondre à la question de l'applicabilité directe de celle-ci. La seconde question préjudicielle porte sur la possibilité d'annuler une décision manifestant l'intention de retirer l'appel d'offres. Même si cette question préjudicielle suppose, de par son libellé, qu'il existe effectivement une telle décision en droit national, il découle cependant de la décision de renvoi que la question vise à déterminer si, dans l'hypothèse où le droit national ne prévoit pas la possibilité d'annuler le retrait en tant que tel, la directive contraint les États membres à prévoir, pour le moins, une telle décision et la possibilité de l'annuler.

44. Une analyse plus précise des questions préjudicielles à la lumière des explications de la décision de renvoi montre cependant que la première question préjudicielle a trait à l'éventuelle possibilité d'annuler le retrait en tant que tel, alors que la seconde question préjudicielle concerne les possibilités d'une organisation — alternative — du droit national.

45. C'est en tenant compte de ces éléments, qu'il convient d'examiner, de manière séparée, les deux questions préjudicielles sous les angles suivants: la possibilité d'annuler le retrait en tant que tel; dans l'hypothèse de l'impossibilité d'annuler le retrait, l'obligation de prévoir une décision manifestant l'intention de retirer l'appel d'offres; l'inter-

prétation conforme au droit communautaire ainsi que l'applicabilité directe des dispositions pertinentes de la directive.

B — Contenu de l'article 2, paragraphe 1, de la directive

46. Tout d'abord, il convient donc d'examiner la question de savoir si la directive contraint les États membres à prévoir également pour le retrait de l'appel d'offres la possibilité d'une annulation, c'est-à-dire d'une annulation par les instances de recours nationales.

47. Lors de la réponse à cette question, il convient de se fonder sur le principe général de la jurisprudence, selon lequel la directive vise à «renforcer les mécanismes existants pour assurer l'application effective des règles communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées»⁸.

48. Concernant la possibilité d'une annulation, il convient notamment de se fonder sur

l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire HI⁹. Cet arrêt est interprété de manière variable. Même si, dans cet arrêt, la Cour a expressément qualifié la décision portant sur le retrait de décision relevant elle aussi de la directive, cet arrêt est, parfois, néanmoins interprété en ce sens que, s'il exige la possibilité d'exercer un recours contre une telle décision, la constatation de l'illégalité est cependant, en définitive, suffisante, sans qu'il soit nécessaire de prévoir, en outre, la possibilité d'une annulation. Cette interprétation restrictive est motivée par l'idée selon laquelle la décision de la Cour doit être considérée dans le cadre légal en vigueur au niveau national dans l'affaire concernée. Selon la législation nationale en question, les instances de recours n'avaient compétence ni pour constater l'illégalité ni pour annuler le retrait.

49. Ainsi qu'il apparaît à la lecture des passages pertinents de l'arrêt, à savoir les points 48 à 54, la Cour ne motive justement pas sa décision — contrairement à ce qu'elle a fait dans d'autres arrêts¹⁰ — en se référant à la législation concrètement applicable au niveau national.

⁸ — Arrêts du 11 août 1995, *Commission/Allemagne* (C-433/93, Rec. p. I-2303, point 23), et du 24 juin 2004, *Commission/Autriche* (C-212/02, non publié au Recueil, point 20).

⁹ — Arrêt précité à la note 4.

¹⁰ — Voir arrêt du 27 février 2003, *Santex* (C-327/00, Rec. p. I-1877).

50. Au contraire, la Cour a formulé son arrêt rendu dans l'affaire HI de manière abstraite et générale. Ainsi, les constatations faites dans cet arrêt peuvent être généralisées, dans la mesure où l'on peut en extraire des principes applicables de manière générale.

51. Dans la présente espèce, il convient donc de déterminer si la directive n'impose pas seulement l'obligation de constater l'illégalité, qui existe également en droit national, mais également l'obligation de prévoir la possibilité d'annuler le retrait, c'est-à-dire si elle oblige les États membres à prévoir la possibilité d'annuler le retrait.

52. La réponse à cette question est liée aux dispositions de la directive qu'il convient d'interpréter et d'appliquer. Alors que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive définit le champ d'application matériel s'agissant des décisions du pouvoir adjudicateur visées par la directive, l'article 2, paragraphe 1, définit les possibilités devant être prévues par les États membres afin de garantir la protection juridique.

53. Ce faisant, les deux dispositions se fondent sur la notion — unique — de «décisions». Dans ce contexte, l'article 2 doit être considéré comme une concrétisation des dispositions plus générales de l'article 1^{er}.

Comme l'article 2 se rattache à l'article 1^{er}, le domaine des «décisions» du pouvoir adjudicateur, visées par les deux articles, devrait se recouper. Ainsi, même si la Cour n'avait interprété la notion de «décisions» que dans le sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, cette interprétation devrait également s'appliquer dans le cadre de l'interprétation de l'article 2, paragraphe 1.

54. Ainsi qu'il ressort cependant clairement du point 49 de l'arrêt HI, la Cour a expressément fait référence à l'article 2, paragraphe 1, sous b), et constaté que «l'article 1^{er}, paragraphe 1, de cette directive ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu des décisions y visées. Une telle restriction ne saurait davantage être déduite du libellé de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de ladite directive».

55. Par ailleurs, la Cour a, au point 55 de cet arrêt, expressément fait référence à la possibilité d'annuler le retrait. Le fait que la Cour rajoute «le cas échéant» ne reflète que les conditions de la directive et ne saurait être interprété comme une restriction. En effet, un recours portant sur une décision du pouvoir adjudicateur ne doit pas systématiquement aboutir à l'annulation de celle-ci, mais uniquement lorsque les conditions pour ce faire sont remplies. Il convient cependant de prévoir de manière générale la possibilité de l'annulation.

56. De plus, il découle de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire GAT¹¹ que, parmi les procédures de recours que les États membres doivent mettre en place en vertu de la directive, figure la procédure visée à l'article 2, paragraphe 1.

57. Il convient donc de se fonder sur une interprétation large tant de la notion de «décisions» au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, que de la notion de «décisions» au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive.

58. Par conséquent, le retrait relève à la fois des décisions relevant de manière générale de la directive et des décisions concernant lesquelles les États membres sont tenus de prévoir la possibilité d'une annulation.

59. Ainsi, il conviendrait de vérifier si la directive permet aux États membres de prévoir l'exclusion de certaines décisions de la possibilité d'annulation. A priori on est tenté d'y répondre par l'affirmative au vu d'un arrêt prononcé dans un recours en manquement contre le Royaume d'Espa-

gne¹², dans lequel la Cour a déclaré recevable une forme particulière de restriction de la possibilité d'annulation à certaines décisions prises durant la procédure d'adjudication.

60. Cependant, on peut également extraire de cet arrêt le principe général selon lequel les «procédures de recours [visées à l'article 1^{er} de la directive] doivent être, d'une part, efficaces et aussi rapides que possible et, d'autre part, accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée»¹³.

61. De même, le principe selon lequel la directive vise la protection des entreprises qui ont un intérêt déterminé¹⁴, va dans le sens d'une interprétation favorable à la protection juridique. C'est ce que montrent précisément les circonstances du litige qui ont donné lieu à cette procédure.

62. Dans l'affaire concernant le système de protection juridique espagnol, il convient

11 — Arrêt du 19 juin 2003 (C-315/01, Rec. p. I-6351, point 53), concernant la possibilité d'accorder des dommages-intérêts.

12 — Arrêt du 15 mai 2003, Commission/Espagne (C-214/00, Rec. p. I-4667).

13 — Ibidem, point 78.

14 — Arrêt Commission/Autriche (précité à la note 8), point 24.

tout d'abord de noter que, dans cette affaire, la Cour a rejeté le moyen invoqué par la Commission surtout en raison du fait que la Commission n'avait pas apporté la preuve nécessaire dans les recours directs¹⁵.

possibilités d'annulation prive les soumissionnaires de la possibilité d'introduire des actions en dommages-intérêts est invoquée pour conclure que la limitation à l'octroi de dommages-intérêts est suffisante et qu'il n'est pas nécessaire de prévoir également la possibilité d'une annulation.

63. Par ailleurs, il convient de souligner que, dans cette affaire, l'élément déterminant, pour la Cour, était que «la réglementation espagnole assure aux intéressés la possibilité de former des recours à l'encontre non seulement des actes définitifs, mais également des actes de procédure, dès lors qu'ils tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, qu'ils entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure ou de se défendre, ou qu'ils causent des préjudices irréparables à des droits ou intérêts légitimes»¹⁶.

66. À cet égard, il convient tout d'abord de renvoyer au principe qui s'exprime — également — dans l'affaire HI, selon lequel la portée du contrôle juridictionnel ne saurait être interprétée de manière restrictive¹⁷.

64. Or, cela n'est précisément pas autorisé par le droit national applicable au principal.

67. Dans ce contexte, il conviendrait de considérer que l'exclusion de la possibilité de l'annulation du retrait et une limitation aux dommages-intérêts constituent une exception à la règle générale selon laquelle il convient de prévoir, pour ce qui concerne les décisions des pouvoirs adjudicateurs, toutes les possibilités prévues à l'article 2, paragraphe 1, de la directive.

65. Parfois, l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire HI est également interprété de manière restrictive sur un autre point. Ainsi, l'indication, par la Cour, que l'absence de

68. Cependant, la directive ne prévoit expressément une telle restriction des pouvoirs des instances responsables des procé-

15 — Arrêt Commission/Espagne (précité à la note 12), point 80.

16 — Ibidem, point 79.

17 — Arrêt précité à la note 4, point 61.

dures de recours qu'à l'article 2, paragraphe 6. Conformément à ces dispositions, ces pouvoirs peuvent, *après la conclusion du contrat* qui suit l'attribution d'un marché, se limiter à l'octroi de dommages-intérêts.

transposition des conditions de la directive par les États membres, notamment la scission — exigée ou du moins autorisée — du retrait en une décision manifestant l'intention de retirer l'appel d'offres et l'acte de retrait en tant que tel, qui, quant à lui, ne doit alors plus être susceptible de recours.

69. En revanche, la directive ne prévoit pas de limitation à des dommages-intérêts pour d'autres cas de figure.

70. Il en découle que l'on ne saurait transposer à l'hypothèse du retrait une restriction aux dommages-intérêts qui n'est expressément prévue que pour l'hypothèse de la conclusion d'un contrat après l'attribution d'un marché. Il est vrai qu'un retrait entraîne lui aussi la fin d'une procédure d'adjudication, mais l'exclusion de l'annulation et la limitation à des dommages-intérêts dans l'hypothèse précitée sont fondées sur le principe selon lequel des contrats, une fois conclus, ne peuvent plus faire l'objet d'une annulation. En l'espèce, cette motivation ne saurait cependant prospérer, compte tenu de l'absence de contrat.

72. La problématique abordée par cette question correspond — du moins à un niveau plus élevé d'abstraction — à la possibilité d'attaquer la décision d'attribution, réclamée par la Cour dans l'affaire *Alcatel Austria e.a.*¹⁸.

73. En effet, il existe, entre le retrait et l'attribution, un certain parallélisme, dans la mesure où les deux actes mettent fin à une procédure d'attribution.

74. On peut tout d'abord déduire de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Alcatel Austria e.a.* la règle selon laquelle il convient de prévoir un acte «dont les intéressés peuvent prendre connaissance et qui pourrait faire l'objet d'un recours en annulation»¹⁹.

C — Transposition des conditions de la directive

71. La seconde question préjudicielle concerne, pour l'essentiel, la question de la

¹⁸ — Arrêt du 28 octobre 1999 (C-81/98, Rec. p. I-7671).

¹⁹ — Ibidem, point 48.

75. Quelles que soient les décisions du pouvoir adjudicateur devant être susceptibles de recours, une protection juridique efficace suppose, en tout cas, l'existence d'un acte du pouvoir adjudicateur par lequel celui-ci se manifeste au public.

76. Concernant la scission en une décision précédant l'acte, manifestant la volonté d'adopter l'acte en question et l'acte en tant que tel, il convient de signaler qu'une telle scission est, en principe, imaginable pour tout acte émanant du pouvoir adjudicateur. Ainsi, on pourrait également faire précéder l'exclusion d'offres d'une décision par laquelle le pouvoir adjudicateur indique son intention d'exclure une offre.

77. Dans la présente espèce, il convient cependant, indépendamment de la question de la pertinence ou de la légalité d'un tel dédoublement, de déterminer uniquement si une scission suffit au regard du retrait.

78. Selon la Commission, la décision portant sur le retrait, c'est-à-dire le retrait pris en tant que tel, doit être susceptible de recours et la scission ne satisfait pas aux conditions de la directive. La Commission a fondé ce point de vue sur la circonstance que l'affaire *Alcatel Austria e.a.* concernait l'attribution et la conclusion du contrat en découlant. Elle indique que, en revanche, le retrait ne donne pas lieu à la conclusion d'un contrat.

79. La généralisation de l'arrêt rendu dans l'affaire *Alcatel Austria e.a.* est cependant soumise à des limites. Ainsi, on ne saurait transposer l'intégralité des constatations faites par la Cour dans l'affaire *Alcatel Austria e.a.* à d'autres cas de figure. Cela ne signifie cependant pas que des solutions analogues à celles autorisées pour l'attribution sont a priori exclues pour d'autres cas de figure.

80. Dans un recours en manquement contre la République d'Autriche, la Cour a confirmé qu'une scission suffit, du moins pour ce qui concerne l'attribution. Ainsi, il suffit qu'il y ait publication de la décision d'attribution avec un délai d'attente ou de statu quo subséquent. Ce dernier est destiné à permettre aux soumissionnaires d'intenter un recours²⁰.

81. On ne saurait, en tout cas, déduire de la motivation de cet arrêt, ni du reste de la jurisprudence de la Cour concernant la directive, qu'une scission dans d'autres cas que celui de l'attribution serait contraire au droit communautaire. Sur ce point, ce qui est essentiel, c'est d'atteindre les objectifs principaux de la directive: efficacité et rapidité de la protection juridique. C'est précisément le dernier de ces objectifs qui pourrait être réalisé plus aisément grâce à la possibilité d'exercer un recours contre une décision précédant le retrait proprement dit.

20 — Arrêt Commission/Autriche (précité à la note 8), points 21 et suiv.

82. En organisant de manière adéquate la scission, le législateur national peut donc maintenir l'inattaquabilité de l'acte de retrait. Une telle solution doit cependant satisfaire aux conditions de la directive et du droit communautaire en général.

83. Parmi les conditions applicables s'agissant de décisions manifestant l'intention de retirer un appel d'offres, on compte notamment l'obligation, dans l'hypothèse d'un retrait après l'ouverture des offres, de communiquer la décision aux soumissionnaires connus, ainsi qu'un délai d'attente adéquat.

84. Par souci d'exhaustivité, nous signalons les modifications concernant le retrait, qui découlent du paquet dit «législatif». Ainsi, les nouvelles directives en matière de marchés publics prévoient qu'il convient de diffuser l'information relative à la renonciation à la passation d'un marché, même sans demande préalable en ce sens²¹.

85. Enfin, il convient de signaler que les effets d'une annulation du retrait, c'est-à-dire les conséquences juridiques sur la procédure d'adjudication retirée, voire même

sur la procédure d'adjudication effectuée à la suite de ce retrait, ne font pas l'objet des questions préjudicielles et qu'ils ne sauraient donc pas non plus être examinés par la Cour.

D — Interprétation conforme au droit communautaire et applicabilité directe

86. Comme la Cour le souligne dans une jurisprudence constante, les dispositions du droit national doivent être interprétées de manière conforme aux directives. Cela vaut bien sûr également pour l'interprétation de la législation nationale en matière de marchés publics à la lumière de la directive²².

87. Dans l'hypothèse où il ne serait pas possible d'interpréter le droit national de manière conforme à la directive, il convient de vérifier si les dispositions correspondantes de la directive sont directement applicables. Cela suppose que ces dispositions soient inconditionnelles du point de vue de leur contenu et suffisamment précises.

88. Dans la présente espèce, il s'agit, tout d'abord, de l'article 2, paragraphe 1, sous b),

21 — Article 41, paragraphe 1, 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 article 49, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1).

22 — Voir arrêts Alcatel Austria e.a. (précité à la note 18), point 49; du 24 septembre 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357, point 25), et Santex (précité à la note 10), point 63.

de la directive et de la possibilité, y définie, d'annuler des décisions du pouvoir adjudicateur, parmi lesquelles comptent également le retrait et la décision y relative.

89. On pourrait opposer à l'applicabilité directe d'une disposition de la directive le fait qu'il découle clairement de la jurisprudence de la Cour que cette directive, et notamment son article 2, paragraphe 1, n'est pas directement applicable.

90. Par conséquent, avant de vérifier si les conditions pour une applicabilité directe sont réunies, il convient d'examiner ce point de vue à la lumière des arrêts de la Cour en la matière.

91. À titre d'argument contre l'applicabilité directe de l'article 2, paragraphe 1, on pourrait, tout d'abord, citer l'arrêt rendu dans l'affaire *Alcatel Austria* e.a.. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que «l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive 89/665 ne saurait être interprété en ce sens que, nonobstant l'absence d'une décision d'attribution d'un marché qui pourrait faire l'objet d'un recours en annulation, les instances de recours des États membres compétentes en matière de procédures de passation de

marchés publics sont habilitées à connaître des recours dans les conditions énoncées à cette disposition»²³. En lisant ce passage conjointement avec le point précédent, dans lequel il est renvoyé, en cas d'impossibilité d'une interprétation conforme au droit communautaire, à la réparation du dommage subi, on pourrait conclure à un refus de l'applicabilité directe de l'article 2, paragraphe 1, de la directive.

92. La situation se présente de manière analogue s'agissant de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Tögel*, qui concernait expressément la question de la compétence d'instances nationales pour toute une catégorie d'attributions de marchés. Dans cet arrêt également, la Cour devait interpréter l'article 2, paragraphe 1, de la directive et, là encore, la Cour n'a pas admis l'applicabilité directe de ces dispositions²⁴.

93. Les deux arrêts ont cependant en commun qu'ils doivent être considérés dans le cadre des problèmes de compétence au niveau national et que, à notre avis, ils n'excluent pas expressément et de manière générale l'applicabilité directe des dispositions de la directive pertinente en l'espèce. Cela limite la portée de ces deux arrêts en ce sens que l'on ne saurait en déduire une quelconque déclaration générale concernant l'applicabilité directe.

23 — Arrêt précité à la note 18, point 50.

24 — Arrêt précité à la note 22, points 21 et suiv.

94. En revanche, on trouve dans la jurisprudence relative à la directive dont il s'agit en l'espèce, plus précisément dans un arrêt postérieur aux affaires *Alcatel Austria e.a.* et *Tögel*, également une reconnaissance expresse de l'applicabilité directe de certaines dispositions de la directive, à savoir leur effet de substitution.

95. Ainsi, dans l'affaire *Santex*, la Cour a jugé que, lorsqu'une application conforme à la directive n'est pas possible, «la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition nationale dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire»²⁵.

96. Plus précisément, la Cour a fait en sorte que les soumissionnaires sauvegardent la possibilité de soulever des moyens de droit contre des décisions du pouvoir adjudicateur, grâce à la non-application, par la juridiction nationale, de certaines dispositions procédurales nationales. On ne saurait considérer comme une condition générale l'existence, en droit national, de la possibilité d'écarter les dispositions précitées.

97. Une analyse de la jurisprudence relative à la directive permet donc de conclure que l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive est lui aussi directement applicable.

98. Les conditions générales pour l'applicabilité directe d'une disposition d'une directive sont remplies. Ainsi, rien que le libellé de l'article 2, paragraphe 1, sous b), montre que cette disposition est suffisamment précise. Il n'y a pas non plus de doute quant au caractère inconditionnel du contenu.

99. Le fait que les États membres disposent, s'agissant de la réglementation des procédures de recours nationales, d'une certaine marge d'appréciation n'exclut pas l'applicabilité directe de l'article 2, paragraphe 1, de la directive, étant donné que les conditions y prévues doivent être considérées comme une protection minimale. Si une telle protection minimale est déterminable, cela suffit, selon la jurisprudence de la Cour²⁶, pour l'applicabilité directe.

100. La juridiction de renvoi peut satisfaire aux conditions des articles 1^{er} et 2 de la directive soit en laissant inappliquées les dispositions nationales sur les décisions attaquables séparément, les dispositions relatives à la recevabilité du recours incluses, soit en rajoutant le retrait à la liste de ces décisions.

25 — Arrêt précité à la note 10, point 64.

26 — Voir, en dernier lieu, arrêt du 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.* (C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835, point 105).

VI — Conclusion

101. Par ces motifs, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles:

«Il convient d'interpréter les dispositions combinées des articles 1^{er} et 2, paragraphe 1, sous b), 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, en ce sens que les États membres sont tenus d'ouvrir, contre la décision d'un pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres, préalable au retrait lui-même, une voie de recours par laquelle le justiciable, indépendamment de la possibilité de demander des dommages-intérêts après le retrait, peut obtenir l'annulation de la décision dès lors que les conditions sont réunies à cet effet.

L'article 2, paragraphe 1, sous b), de ladite directive est si inconditionnel et précis qu'un particulier peut s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales en cas de retrait d'un appel d'offres après l'ouverture des offres et être admis à engager un recours contre ce retrait.»