

ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)
18 juin 2002 *

Dans l'affaire C-92/00,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par le Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)

et

Stadt Wien,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 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 (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), ainsi que de la directive 92/50, dans sa version résultant de la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, modifiant les directives

* Langue de procédure: l'allemand.

92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement (JO L 328, p. 1),

LA COUR (sixième chambre),

composée de M^{me} F. Macken, président de chambre, MM. C. Gulmann, J.-P. Puissochet, V. Skouris (rapporteur) et J. N. Cunha Rodrigues, juges,

avocat général: M. A. Tizzano,
greffier: M. R. Grass,

considérant les observations écrites présentées:

- pour Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI), par M^e R. Kurbos, Rechtsanwalt,
- pour le gouvernement autrichien, par M. H. Dossi, en qualité d'agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. M. Nolin, en qualité d'agent, assisté de M^e R. Roniger, Rechtsanwalt,

vu le rapport du juge rapporteur,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 28 juin 2001,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par ordonnance du 17 février 2000, parvenue à la Cour le 10 mars suivant, le Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commission de contrôle des adjudications du Land de Vienne) a posé, en application de l'article 234 CE, trois questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 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 (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 de la directive 92/50, dans sa version résultant de la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement (JO L 328, p. 1, ci-après la «directive 92/50»).

- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant la société de droit allemand Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH (ci-après «HI») à la Stadt Wien (ci-après la «ville de Vienne»), au sujet du retrait par cette dernière d'un appel d'offres relatif à un marché public de services pour lequel HI avait soumissionné.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

- 3 L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 dispose:

«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.»

- 4 Aux termes de l'article 2, paragraphes 1 et 5, de la directive 89/665:

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

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des

mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;

- 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. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.»

- 5 L'article 12, paragraphe 2, de la directive 92/50 dispose:

«Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les moindres délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication du marché, y inclus les motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à passer un marché pour

lequel il y a eu mise en concurrence ou de recommencer la procédure, et par écrit si demande leur en est faite. Ils informent aussi l'Office des publications officielles des Communautés européennes de ces décisions.»

La réglementation nationale

- 6 Le Wiener Landesvergabegesetz (loi du Land de Vienne sur la passation des marchés publics, LGBL. n° 36/1995, dans sa version publiée au LGBL. n° 30/1999, ci-après le «WLVergG»), dispose aux paragraphes 2 à 4 de son article 32, intitulé «Rectification et retrait de l'appel d'offres»:

«2. L'appel d'offres peut être retiré durant le délai de soumission des offres lorsque surviennent des événements qui, s'ils avaient été connus auparavant, auraient exclu un appel d'offres ou auraient conduit à un appel d'offres au contenu substantiellement différent.

3. À l'expiration du délai de soumission des offres, l'appel d'offres doit être retiré lorsqu'il existe des motifs impératifs. Des motifs impératifs existent en particulier

- 1) lorsque les événements décrits au paragraphe 2 ne sont connus qu'après l'expiration du délai de soumission des offres,

ou

2) lorsque toutes les offres devaient être exclues.

4. L'appel d'offres peut être retiré par exemple lorsque

1) aucune offre acceptable d'un point de vue économique n'a été soumise,

ou

2) [...] seule demeure une offre après l'exclusion des autres offres.»

7 En vertu du WLVergG, le Vergabekontrollsenat des Landes Wien est compétent pour statuer sur les recours en matière de procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services.

8 En particulier, l'article 94, paragraphe 2, du WLVergG prévoit que le Vergabekontrollsenat statue en première et dernière instance sur les recours et que ses décisions ne peuvent pas être modifiées ou annulées par la voie administrative. Selon le paragraphe 3 de cet article, la procédure de recours est régie par l'Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (code de procédure administrative générale) et par le Verwaltungsvollstreckungsgesetz (loi relative à l'exécution en matière administrative), sauf dispositions particulières du WLVergG.

9 L'article 95 du WLVergG est libellé comme suit:

«1. Le Vergabekontrollsenat est composé de sept membres. Ceux-ci sont nommés par le gouvernement du Land pour un mandat de six ans. Les mandats sont renouvelables. Trois membres, qui peuvent être également des agents de l'administration municipale de Vienne qualifiés en la matière, sont nommés après consultation du conseil municipal, un membre est nommé après consultation de la Wirtschaftskammer [chambre économique] de Vienne, un membre est nommé après consultation de la Kammer für Arbeiter und Angestellte [chambre des ouvriers et des employés] de Vienne et un membre est nommé après consultation de l'Architekten- und Ingenieurkonsultenkammer [chambre des architectes et des ingénieurs-conseils] des Länder de Vienne et de Basse-Autriche ainsi que du Burgenland. Le président doit faire partie de la magistrature et est nommé après consultation du président de l'Oberlandesgericht Wien [...].

2. Les membres et les membres suppléants doivent posséder une connaissance approfondie du domaine de la passation des marchés publics, spécialement pour ce qui est des membres nommés après consultation du conseil municipal, du point de vue économique ou technique.

[...]

3a. Tout membre se trouvant durablement dans l'incapacité d'exercer normalement ses fonctions pour cause de déficience physique ou mentale ou ayant commis de graves manquements à ses obligations est révoqué de son mandat par décision du Vergabekontrollsenat. Cette décision doit être prise après audition de l'intéressé. Celui-ci ne peut participer au vote.

4. Les membres du Vergabekontrollsenat exercent leurs fonctions en toute indépendance et ne sont liés par aucune instruction.

5. Les membres du Vergabekontrollsenat sont tenus au devoir de réserve, conformément à l'article 20, paragraphe 3, du Bundesverfassungsgesetz.

6. Le Vergabekontrollsenat siège sur convocation du président. En cas de partialité ou d'empêchement provisoire d'un membre, son suppléant doit être convoqué. Les membres du Vergabekontrollsenat ne peuvent statuer sur une procédure impliquant l'attribution d'un marché dans le champ d'action de l'institution (dans le cas des agents de l'administration municipale de Vienne, du service, de l'entreprise sous-traitante ou de l'établissement) dont ils font partie. Si des motifs sérieux mettent en doute l'impartialité d'un membre, il doit s'abstenir d'exercer ses fonctions et demander à être remplacé. Les parties peuvent récuser des membres du Vergabekontrollsenat pour des raisons de partialité. Le Vergabekontrollsenat statue sur l'éventuelle partialité d'un membre et sur les demandes de récusation sans que le membre intéressé puisse voter. Les noms des membres du Vergabekontrollsenat et de l'institution (dans le cas des agents de l'administration municipale de Vienne, du service, de l'entreprise sous-traitante ou de l'établissement) dont ils font partie doivent être publiés au Amtsblatt der Stadt Wien au début de chaque année civile à l'initiative du président.

7. Les recours doivent être soumis au vote dans l'ordre déterminé par le président. Au moins cinq membres doivent être présents pour que le Vergabekontrollsenat statue, les décisions étant prises à la majorité absolue des voix. L'abstention n'est pas autorisée. Le Vergabekontrollsenat ne siège pas publiquement. Le déroulement des séances est consigné dans un procès-verbal. Les décisions doivent être adoptées par écrit et mentionner les noms des membres du Vergabekontrollsenat ayant pris part au vote. La décision doit être signée par le président [...].

8. Les membres du Vergabekontrollsenat exercent cette activité à titre bénévole. Ils prêtent serment devant le Landeshauptmann.

[...]

10. Le Vergabekontrollsenat adopte un règlement intérieur.

[...]»

10 L'article 99 du WLVergG, intitulé «Compétence du Vergabekontrollsenat», prévoit:

«1. Le Vergabekontrollsenat est compétent, sur demande, pour les procédures de recours conformément aux dispositions suivantes:

- 1) jusqu'à la date de l'adjudication pour rendre des ordonnances de référé et annuler des décisions illégales du service d'adjudication du pouvoir adjudicateur afin d'éliminer des violations du droit au sens de l'article 101,
- 2) après l'attribution du marché pour constater que le marché n'a pas été attribué au soumissionnaire qui a fait la meilleure offre, en raison d'une violation de la présente loi au sens des articles 47 et 48, paragraphe 2. Dans

une telle procédure, le Vergabekontrollsenat est également compétent pour constater, à la demande de l'entité adjudicatrice, si le marché n'aurait pas été attribué à un candidat ou à un soumissionnaire non retenu en l'absence des violations du droit constatées.

2. Le Vergabekontrollsenat ne doit instruire une procédure de recours que dans la mesure où la décision dont l'illégalité est alléguée est essentielle pour l'issue de la procédure de passation d'un marché.»

11 L'article 101 du WLVergG dispose:

«Le Vergabekontrollsenat doit annuler les décisions du pouvoir adjudicateur adoptées au cours d'une procédure de passation d'un marché:

- 1) lorsque des spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurent dans l'avis d'adjudication invitant les entreprises à participer à une procédure non ouverte ou à un marché négocié ou dans les documents de l'appel à la concurrence ou dans les cahiers des charges, ou
- 2) lorsqu'un soumissionnaire est écarté en violation des critères figurant dans l'avis d'adjudication dans lequel les entrepreneurs sont invités à participer à une procédure non ouverte ou à un marché négocié et que l'adjudicateur pourrait parvenir à une décision plus favorable au requérant en cas de respect des dispositions méconnues.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 12 Il ressort de l'ordonnance de renvoi que la ville de Vienne, représentée par le Magistrat der Stadt Wien — Wiener Krankenanstaltenverbund, a publié, en tant que pouvoir adjudicateur, un appel d'offres pour l'adjudication d'un marché intitulé «Direction du projet de réalisation de la conception globale d'une stratégie pour la fourniture des repas des établissements de la Wiener Krankenanstaltenverbund» au *Journal officiel des Communautés européennes* du 24 décembre 1996 et dans les annonces légales de la *Wiener Zeitung* du 30 décembre 1996.
- 13 Après le dépôt des offres, dont celle de HI, la ville de Vienne a retiré, dans le délai d'attribution du marché prévu, l'appel d'offres. Elle a informé HI, par lettre du 25 mars 1997, qu'elle avait renoncé à poursuivre la procédure «pour des motifs impératifs conformément à l'article 32, paragraphe 3, premier alinéa, du WLVergG».
- 14 À la suite d'une demande d'informations qui lui avait été adressée par HI, la ville de Vienne a expliqué comme suit, dans un courrier du 14 avril 1997, le retrait de l'appel d'offres:

«Eu égard aux résultats de la conduite du projet par la société Humanomed en 1996, le plan initial a été modifié. Dans le cadre de la discussion de ces circonstances, menée à l'issue du délai fixé pour la présentation des offres ainsi que durant le délai d'attribution du marché au sein du comité de coordination, il a été constaté que le projet devait à l'avenir être développé de manière décentralisée. Il a donc été décidé de ne prévoir aucune instance de coordination et l'attribution du marché à un chef de projet externe n'était donc pas nécessaire.

On peut ainsi voir que les motifs dont il est question auraient exclu une adjudication s'ils avaient été connus antérieurement. Au cas où une autre direction de projet se révélerait nécessaire dans le cadre du projet 'fourniture de repas', il y aurait lieu de procéder à un appel d'offres d'un contenu différent».

- 15 HI a alors saisi le Vergabekontrollsenat de plusieurs demandes visant à obtenir, notamment, l'ouverture d'une procédure de recours, le prononcé d'une ordonnance de référé, l'annulation de documents d'adjudication déterminés ainsi que l'annulation du retrait de l'appel d'offres. Dans un complément à cette dernière demande, la société demanderesse a invoqué de nouveaux éléments prouvant, selon elle, l'illégalité de la décision de retrait de l'appel d'offres et demandé à nouveau l'annulation de celle-ci.

- 16 En particulier, HI faisait état de ses soupçons selon lesquels la ville de Vienne possédait une participation directe ou indirecte dans le capital de la société Humanomed. HI soutenait que cette société avait accompli un travail préparatoire substantiel pour l'appel d'offres, assuré une direction de projet et influencé l'élaboration du schéma directeur et que la ville de Vienne avait retiré l'appel d'offres afin de contourner, dans le but de poursuivre sa collaboration avec la société Humanomed, l'obligation d'exclure l'offre de cette société. HI en concluait que la décision de retrait était discriminatoire, dans la mesure où elle visait à favoriser une société autrichienne au détriment d'un candidat d'un État membre autre que la république d'Autriche.

- 17 Par décisions des 30 avril et 10 juin 1997, le Vergabekontrollsenat a rejeté les demandes d'annulation du retrait de l'appel d'offres comme irrecevables au motif que, en vertu de l'article 101 du WLVergG, seules certaines décisions adoptées au cours d'une procédure d'appel d'offres, énumérées de manière limitative, peuvent être annulées.

- 18 Le Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle) (Autriche), qui a été saisi des recours formés par HI à l'encontre de ces décisions de rejet, a annulé celles-ci pour violation du droit à une procédure devant le juge naturel. Il a jugé que le Vergabekontrollsenat était tenu de saisir la Cour à titre préjudiciel de la question de savoir si la décision de retrait d'un appel d'offres constitue une décision au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665.
- 19 La juridiction de renvoi souligne d'emblée que, en cas de retrait abusif d'un appel d'offres, l'entrepreneur concerné peut, en vertu du droit national, intenter une action civile en dommages et intérêts devant les juridictions ordinaires.
- 20 Par ailleurs, il ressort de l'ordonnance de renvoi que le Vergabekontrollsenat estime que les modalités de retrait d'un appel d'offres ne relevant pas des directives fixant des règles matérielles relatives aux marchés publics, la décision d'un tel retrait n'est pas une décision visée à l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 et, dès lors, elle ne fait pas partie des décisions qui, en vertu de cette directive, doivent pouvoir faire l'objet d'une procédure de recours.
- 21 Considérant que la ville de Vienne a respecté la procédure prévue à l'article 12, paragraphe 2, de la directive 92/50, le Vergabekontrollsenat s'interroge sur le point de savoir si, à supposer que le droit communautaire exige le contrôle d'une décision de retrait d'un appel d'offres, ce contrôle peut porter uniquement sur le caractère arbitraire ou fictif de ladite décision.
- 22 S'agissant de la date à prendre en considération pour apprécier la légalité d'une telle décision, la juridiction de renvoi soutient que le fait que la décision du pouvoir adjudicateur soit soumise au contrôle et constitue ainsi l'objet du litige amènerait à retenir la date de cette décision mais admet que le principe de l'effet utile, tel qu'il résulte des considérants de la directive 89/665, conduirait plutôt à retenir la date de la décision de l'instance de recours.

23 Au vu de ces considérations, le Vergabekontrollsenat des Landes Wien a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) L'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665/CEE [...] exige-t-il que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public de services puisse faire l'objet d'une procédure de recours et être annulée le cas échéant?

- 2) En cas de réponse positive à la première question, la directive [89/665/CEE] et la directive 92/50/CEE comportent-elles une disposition qui s'oppose à ce qu'un recours se limite au seul examen du caractère arbitraire ou fictif de la décision de retirer l'appel d'offres?

- 3) En cas de réponse positive à la première question, quel est le moment déterminant pour apprécier la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres?»

Sur la recevabilité des questions préjudicielles

24 À titre liminaire, il convient d'examiner si le Vergabekontrollsenat des Landes Wien constitue une juridiction au sens de l'article 234 CE et, partant, si ses questions sont recevables.

- 25 Il résulte d'une jurisprudence constante que, pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère de juridiction au sens de l'article 234 CE, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance (voir, notamment, arrêts du 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, point 23, et du 4 février 1999, Köllensperger et Atzwanger, C-103/97, Rec. p. I-551, point 17).
- 26 À cet égard, il convient de relever, d'une part, que les dispositions de l'article 94 du WLVergG font apparaître de manière évidente que le Vergabekontrollsenat répond aux critères relatifs à l'origine légale, au caractère obligatoire de la juridiction, à la nature contradictoire de la procédure et à l'application des règles de droit.
- 27 D'autre part, il y a lieu de constater que les dispositions de l'article 95 du WLVergG, qui régissent la composition et le fonctionnement de cet organe, garantissent son caractère permanent et, en combinaison avec l'article 94, paragraphe 3, de cette loi, son indépendance.
- 28 Il résulte de ce qui précède que le Vergabekontrollsenat des Landes Wien doit être considéré comme une juridiction au sens de l'article 234 CE, en sorte que ses questions sont recevables.

Sur le fond

Sur la première question

- 29 À titre liminaire, il convient de constater que, ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, le Vergabekontrollsenat souhaite être éclairé, par la réponse à sa première question, sur le point de savoir si la décision de retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services fait partie des «décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs» à l'égard desquelles les États membres sont tenus, en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665, de mettre en place, dans leur droit national, des procédures de recours efficaces et aussi rapides que possible.
- 30 En effet, l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 ne définit pas les décisions illégales dont l'annulation peut être demandée, mais se borne à énumérer des mesures que les États membres sont tenus de prendre aux fins des recours visés à l'article 1^{er} de cette directive (voir, en ce sens, arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Rec. p. I-7671, points 30 et 31), alors que le champ d'application de ladite directive est délimité par cette dernière disposition.
- 31 Il convient dès lors de comprendre la première question comme demandant, en substance, si l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 exige que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public de services puisse 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 ou les règles nationales transposant ce droit.

- 32 En vue de répondre à la question ainsi reformulée, il y a donc lieu d'interpréter la notion de «décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs» employée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665.
- 33 Le gouvernement autrichien et la Commission font valoir, en substance, que les États membres seraient tenus d'instaurer des procédures permettant d'introduire un recours contre le retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services si ce retrait était réglementé par la directive 92/50. Or, ils considèrent qu'un tel retrait relève exclusivement des règles de droit nationales et qu'il n'entre pas, dès lors, dans le champ d'application de la directive 89/665.
- 34 En particulier, la Commission relève que, dans sa proposition de directive 87/C 230/05 du Conseil concernant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires dans le cadre des procédures de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1987, C 230, p. 6), elle avait expressément proposé que l'obligation des États membres d'instaurer des procédures de recours s'étende non seulement aux décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs en violation de la réglementation communautaire, mais également à celles qui enfreignent des règles de droit nationales. Cependant, au cours du processus législatif, l'obligation d'instaurer un contrôle aurait été limitée à sa portée actuelle, de manière à viser exclusivement les décisions qui violent «le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit».
- 35 Le gouvernement autrichien fait valoir que la conclusion selon laquelle la décision de retrait d'un appel d'offres ne constitue pas une décision au sens de la directive 89/665 est confirmée par l'article 2, paragraphe 1, sous b), de celle-ci, qui concerne exclusivement les décisions que le pouvoir adjudicateur adopte au cours d'une procédure de passation d'un marché public, alors qu'une décision de retrait d'appel d'offres met fin à une telle procédure. Ainsi, d'après ce gouvernement, en cas de retrait abusif de l'appel d'offres, le législateur national est uniquement tenu, en vertu de la directive 89/665, de garantir que les candidats et les soumissionnaires se voient reconnaître un droit à des dommages et intérêts.

- 36 Il convient de rappeler à titre liminaire que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 impose aux États membres l'obligation de prévoir des procédures permettant un recours contre les décisions prises dans le cadre d'une procédure d'adjudication au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.
- 37 Il s'ensuit que, si une décision prise par un pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public est soumise aux règles du droit communautaire en matière de marchés publics et est, dès lors, susceptible de les enfreindre, l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 exige que cette décision puisse faire l'objet d'une procédure de recours en annulation.
- 38 Par conséquent, afin de déterminer si la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres pour un marché public de services peut être considérée comme faisant partie des décisions à l'égard desquelles les États membres sont tenus, en vertu de la directive 89/665, d'instaurer des procédures de recours en annulation, il y a lieu d'examiner si une telle décision relève des règles du droit communautaire en matière de marchés publics.
- 39 À cet égard, il convient de constater que la seule disposition de la directive 92/50 ayant trait spécifiquement à la décision de retrait d'un appel d'offres est son article 12, paragraphe 2, qui prévoit notamment que les pouvoirs adjudicateurs doivent, au cas où ils ont décidé de renoncer à une procédure d'adjudication, informer dans les moindres délais les candidats et les soumissionnaires des motifs de leur décision.
- 40 La Cour a déjà eu l'occasion de préciser la portée de l'obligation de communication des motifs de la renonciation à la passation d'un marché, dans le contexte de la directive 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), dans sa version résultant de la directive 97/52 (ci-après la «directive 93/37»), laquelle comporte, en son article 8, paragraphe 2, une disposition analogue à l'article 12, paragraphe 2, de la directive 92/50. En particulier, dans son arrêt du 16 septembre 1999, *Fracasso et Leitschutz* (C-27/98, Rec. p. I-5697, points 23 et 25), la Cour a constaté que l'article 8, paragraphe 2, de la directive 93/37 ne prévoit pas que la faculté du pouvoir adjudicateur de renoncer à passer un marché de travaux publics pour lequel il y a eu mise en concurrence, implicitement admise par la directive 93/37, est limitée aux cas exceptionnels ou doit nécessairement être fondée sur des motifs graves.

- 41 Il en résulte que l'article 12, paragraphe 2, de la directive 92/50 doit être interprété en ce sens que, tout en imposant au pouvoir adjudicateur, au cas où il décide de retirer l'appel d'offres relatif à un marché public de services, de communiquer les motifs de sa décision aux candidats et aux soumissionnaires, il n'implique pas pour ce pouvoir adjudicateur une obligation de mener à son terme la procédure d'adjudication.
- 42 Toutefois, s'il est vrai que, hormis l'exigence de communication de la motivation du retrait de l'appel d'offres, la directive 92/50 ne comporte aucune disposition spécifique relative aux conditions de fond ou de forme de cette décision, il n'en demeure pas moins que celle-ci reste soumise aux règles fondamentales du droit communautaire, et notamment aux principes consacrés par le traité CE en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services.
- 43 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre (voir, notamment, arrêts du 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. p. I-8035, point 16, et du 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, point 32).

- 44 Il convient de constater que la directive 92/50 poursuit un tel objectif. En effet, ainsi qu'il ressort de son vingtième considérant, celle-ci vise à éliminer les pratiques qui restreignent la concurrence en général et la participation aux marchés des ressortissants d'autres États membres en particulier, en améliorant l'accès des prestataires de services aux procédures de passation des marchés.
- 45 Il ressort en outre de la jurisprudence de la Cour que le principe d'égalité de traitement, qui constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics, implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect (voir, en ce sens, arrêts du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31, et du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 61).
- 46 À cet égard, il convient de relever que l'exigence de communication des motifs sous-tendant la décision de retrait de l'appel d'offres, prévue à l'article 12, paragraphe 2, de la directive 92/50, est dictée précisément par le souci de garantir un niveau minimal de transparence dans les procédures d'adjudication des marchés auxquels cette directive s'applique et, partant, le respect du principe d'égalité de traitement.
- 47 Il s'ensuit que, nonobstant le fait que la directive 92/50 ne régit pas spécifiquement les modalités de retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services, les pouvoirs adjudicateurs sont néanmoins tenus, lorsqu'ils adoptent une telle décision, de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (voir, par analogie, s'agissant de la conclusion de contrats de concession de services publics, arrêt *Telaustria et Telefonadress*, précité, point 60).

- 48 Or, dès lors que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres pour un marché public de services est soumise aux règles matérielles pertinentes du droit communautaire, il y a lieu de conclure qu'elle relève également des règles prévues par la directive 89/665 afin de garantir le respect des prescriptions du droit communautaire en matière de marchés publics.
- 49 Cette constatation est corroborée, tout d'abord, par le libellé des dispositions de la directive 89/665. En effet, ainsi que la Cour l'a relevé au point 35 de l'arrêt *Alcatel Austria e.a.*, précité, la disposition de 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 (voir, en ce sens, arrêt *Alcatel Austria e.a.*, précité, point 32). Par ailleurs, une interprétation restrictive de la notion de décisions à l'égard desquelles les États membres doivent garantir des voies de recours serait incompatible avec la disposition de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la même directive, qui impose aux États membres de prévoir des procédures de référé à l'égard de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs.
- 50 Ensuite, l'économie générale de la directive 89/665 impose une interprétation large de ladite notion, dans la mesure où l'article 2, paragraphe 5, de cette directive autorise les États membres à prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif qu'une décision du pouvoir adjudicateur a été prise illégalement, la décision contestée doit être antérieurement annulée.
- 51 En effet, admettre que les États membres ne sont pas tenus de prévoir des procédures de recours en annulation à l'égard des décisions de retrait d'appels d'offres reviendrait à les autoriser à priver, en faisant usage de la faculté prévue à la disposition mentionnée au point précédent, les soumissionnaires lésés par de telles décisions, adoptées en violation des règles du droit communautaire, de la possibilité d'engager des actions en dommages et intérêts.

- 52 Enfin, il y a lieu de constater que toute autre interprétation porterait atteinte à l'effet utile de la directive 89/665. Ainsi qu'il résulte de ses premier et deuxième considérants, cette directive vise à renforcer les mécanismes existant, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer l'application effective des directives communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées, et c'est précisément pour assurer le respect de ces directives que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 impose aux États membres de mettre en place des recours efficaces et aussi rapides que possible (voir, en ce sens, arrêt Alcatel Austria e.a., précité, points 33 et 34).
- 53 Or, la réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 serait compromise s'il était loisible aux pouvoirs adjudicateurs de procéder au retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services sans être soumis aux procédures de contrôle juridictionnel destinées à assurer à tous égards l'effectivité du respect des directives fixant des règles matérielles relatives aux marchés publics et des principes qui les sous-tendent.
- 54 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de constater que la décision de retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services fait partie des décisions à l'égard desquelles les États membres sont tenus, en vertu de la directive 89/665, d'instaurer des procédures de recours en annulation, aux fins de garantir le respect des règles du droit communautaire en matière de marchés publics ainsi que des règles nationales transposant ce droit.
- 55 Il y a lieu, dès lors, de répondre à la première question que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 exige que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public de services puisse 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 ou les règles nationales transposant ce droit.

Sur la deuxième question

- 56 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si une réglementation nationale limitant l'étendue du contrôle de la légalité du retrait d'un appel d'offres pour un marché public de services au seul examen du caractère arbitraire de cette décision est compatible avec les dispositions des directives 89/665 et 92/50.
- 57 Il convient de relever d'emblée que la problématique de la portée du contrôle juridictionnel d'une décision adoptée dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics n'est pas visée par la directive 92/50, mais relève uniquement de la directive 89/665. Il y a donc lieu de comprendre la deuxième question comme demandant si la directive 89/665 s'oppose à ce qu'une réglementation nationale limite le contrôle de la légalité du retrait d'un appel d'offres au seul examen du caractère arbitraire de cette décision.
- 58 Or, la directive 89/665 se bornant à coordonner les mécanismes existants dans les États membres afin de garantir l'application pleine et effective des directives fixant les règles matérielles relatives aux marchés publics, elle ne définit pas expressément la portée des voies de recours que les États membres doivent mettre en place à cet effet.
- 59 Par conséquent, la question de l'étendue du contrôle juridictionnel exercé dans le cadre des procédures de recours visées par la directive 89/665 doit être examinée au regard de la finalité de celle-ci et en veillant à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à son efficacité.

- 60 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, ainsi qu'il ressort du sixième considérant et de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665, celle-ci fait obligation aux États membres de mettre en vigueur des procédures de recours adéquates en cas d'illégalité des procédures de passation de marchés publics.
- 61 Dès lors, eu égard à l'objectif de renforcement des voies de recours poursuivi par la directive 89/665 et en l'absence d'indications contraires, la portée du contrôle juridictionnel à exercer dans le cadre des procédures de recours y visées ne saurait être interprétée de manière restrictive.
- 62 Il s'ensuit que, même dans les cas où, comme en l'espèce au principal, les pouvoirs adjudicateurs bénéficient, en vertu de la réglementation nationale applicable, d'un large pouvoir d'appréciation quant au retrait de l'appel d'offres, les juridictions nationales doivent pouvoir, en vertu de la directive 89/665, vérifier la compatibilité d'une décision de retrait d'appel d'offres avec les règles pertinentes du droit communautaire.
- 63 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que ni la lettre ni l'esprit de la directive 89/665 n'autorisent à conclure qu'il est loisible aux États membres de limiter le contrôle de la légalité de la décision de retirer un appel d'offres au seul examen du caractère arbitraire de celle-ci.
- 64 Il convient par conséquent de répondre à la deuxième question que la directive 89/665 s'oppose à ce qu'une réglementation nationale limite le contrôle de la légalité du retrait d'un appel d'offres au seul examen du caractère arbitraire de cette décision.

Sur la troisième question

- 65 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi vise à connaître le moment à prendre en considération pour apprécier la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres.
- 66 À cet égard, il suffit de constater que, la directive 89/665 visant uniquement à coordonner les mécanismes existant dans les États membres afin de rendre effectif le respect du droit communautaire en matière de marchés publics, elle ne comporte aucune disposition relative au moment décisif aux fins de l'appréciation de la légalité de la décision de retrait d'un appel d'offres.
- 67 Or, en l'absence de réglementation communautaire spécifique en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de déterminer le moment décisif aux fins de l'appréciation de la légalité de la décision de retrait, pour autant que les règles nationales applicables ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (voir, par analogie, arrêts du 20 septembre 2001, *Banks*, C-390/98, Rec. p. I-6117, point 121, et *Courage et Crehan*, C-453/99, Rec. p. I-6297, point 29).
- 68 Il convient dès lors de répondre à la troisième question que la détermination du moment à prendre en considération pour apprécier la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres relève du droit national, étant entendu que les règles nationales applicables ne sauraient être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ni rendre en

pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

Sur les dépens

- ⁶⁹ 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 les questions à elle soumises par le Vergabekontrollsenat des Landes Wien, par ordonnance du 17 février 2000, dit pour droit:

- 1) L'article 1^{er}, 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, exige que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public de services puisse 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 ou les règles nationales transposant ce droit.

- 2) La directive 89/665, telle que modifiée par la directive 92/50, s'oppose à ce qu'une réglementation nationale limite le contrôle de la légalité du retrait d'un appel d'offres au seul examen du caractère arbitraire de cette décision.

- 3) La détermination du moment à prendre en considération pour apprécier la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres relève du droit national, étant entendu que les règles nationales applicables ne sauraient être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

Macken

Gulmann

Puissochet

Skouris

Cunha Rodrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 18 juin 2002.

Le greffier

Le président de la sixième chambre

R. Grass

F. Macken