CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. L. A. GEELHOED

présentées le 10 octobre 2002 [1]

I — Introduction

1. La demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesvergabeamt (Autriche) en l'espèce porte sur l'interprétation de certains articles des directives 89/665/CEE [2] et 93/36/CEE [3]. Plus précisément, il s'agit de savoir si l'instance responsable des procédures de recours dans des litiges portant sur des marchés publics a le droit de soulever d'office, et indépendamment des moyens présentés par les parties, les faits et circonstances qu'elle estime pertinents pour apprécier la régularité de la procédure de passation. Le juge de renvoi souhaite en outre s'entendre dire si une telle décision d'office peut avoir une incidence sur la qualité du demandeur pour agir en dommages-intérêts à la suite d'irrégularités dans le marché. Par ailleurs, des questions ont été posées concernant la licéité ou non de certains critères appliqués dans la procédure de passation en cause au principal.

1 — Langue originale: le néerlandais.

2 — Directive 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).

3 — Directive du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1).

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

2. L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665, tel que modifié par l'article 41 de 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), dispose que:

«Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/CEE et 92/50/CEE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.»

3. L'article 2, paragraphes 1, 6 et 8, de la directive 89/665 prévoit que:

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

[...]

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.

[...]

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.

[...]

8. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité [devenu article 234 CE] et qui soit indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire, et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.»

4. L'article 15, paragraphe 1, de la directive 93/36, qui figure dans le chapitre 1er (règles communes de participation) du titre IV, dispose que:

«L'attribution du marché se fait sur la base des critères prévus au chapitre 3 du présent titre, compte tenu des dispositions de l'article 16, après vérification de l'aptitude des fournisseurs non exclus en vertu de l'article 20, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères de capacité économique, financière et technique visés aux articles 22, 23 et 24.»

5. L'article 23, paragraphe 1, de la directive 93/36, qui fait partie du chapitre 2 (critères de sélection qualitative) du titre IV, est libellé comme suit:

«La capacité technique du fournisseur peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité et l'utilisation des produits à fournir:

a) la présentation d'une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé:

— lorsqu'il s'agit de fournitures à une autorité publique, les livraisons sont prouvées par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente,

— lorsqu'il s'agit de fournitures à des acheteurs privés, les livraisons doivent être certifiées par l'acheteur ou, à défaut, simplement déclarées avoir été effectuées par le fournisseur;

[...]

d) en ce qui concerne les produits à fournir, des échantillons, descriptions et/ou photographies dont l'authenticité doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;

[...]»

6. En vertu de l'article 26, paragraphe 1, de la directive 93/36, qui relève du chapitre 3 (critères d'attribution du marché) du titre IV:

«Les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés sont:

a) soit uniquement le prix le plus bas;

b) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le prix, le délai de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique.»

B — *Le droit national*

7. Tant la directive 93/36 que la directive 89/665 ont été transposées en droit autrichien par le Bundesvergabegesetz [4] (loi sur les marchés publics, ci-après le «BverG»).

8. L'article 113 de cette loi dispose que:

«1. Le Bundesvergabeamt est compétent pour examiner les recours contre les procédures de passation des marchés dont il est saisi, conformément aux dispositions du chapitre ci-après.

2. Jusqu'à l'attribution du marché, le Bundesvergabeamt est compétent pour:

1) prescrire des mesures provisoires et

2) annuler des décisions illégales de l'instance adjudicatrice du pouvoir adjudicateur,

4 — Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I, 1997/56.

en vue de mettre fin aux violations de la présente loi fédérale et de ses règlements d'application.

3. Après l'attribution du marché ou après la clôture de la procédure d'adjudication, le Bundesvergabeamt est compétent pour déterminer si, du fait d'une infraction à la présente loi ou à ses règlements d'application, le marché n'a pas été attribué au mieux-disant.

[...]»

9. L'article 115, paragraphes 1 et 5, est libellé comme suit:

«1. Tout entrepreneur, qui allègue un intérêt à la conclusion d'un contrat soumis au champ d'application de la présente loi fédérale peut introduire, contre les décisions prises par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'adjudication, une procédure de recours pour illégalité, lorsque cette illégalité l'a lésé ou risque de le léser.

[...]

5. Le recours doit contenir:

1) la désignation précise de la procédure d'adjudication correspondante ainsi que de la décision attaquée,

[...]»

10. Conformément à l'article 2, paragraphe 2, sous c), point 40a, de l'Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (loi d'introduction aux lois relatives aux procédures administratives de 1991), l'Allgemeines Verwaltungsverfahrengesetzen 1991 (loi générale de 1991 relative à la procédure administrative) est applicable à la procédure administrative du Bundesvergabeamt.

11. L'article 39, paragraphes 1 et 2, de la loi générale de 1991 relative à la procédure administrative dispose que:

«1. La mise en œuvre de la procédure d'instruction est soumise aux dispositions administratives.

2. Faute de prescriptions contenues dans les dispositions administratives, l'autorité

compétente doit agir d'office et déterminer le déroulement de l'instruction dans le respect des prescriptions contenues dans la présente partie.

[...]»

III — Les faits au principal et le déroulement de la procédure

12. Le 2 mars 2000, l'Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau a lancé dans toute l'Europe, pour le compte de l'Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen Aktiengesellschaft, en tant qu'instance adjudicatrice, un appel d'offres public pour la fourniture d'un «véhicule spécial: nouvelle moto-balayeuse, en état de fonctionner et pourvue des autorisations administratives nécessaires, destinée à l'Autobahnmeisterei Kalwang, pour l'autoroute A9, dite 'de Phyrn'».

13. Le dépouillement des offres a eu lieu le 25 avril 2000. De même que quatre autres soumissionnaires, la partie requérante au principal, à savoir GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (ci-après: «GAT»), chargée de la représentation générale en Autriche du fabricant allemand Bucher-Schörling, a soumis une offre, et ce au prix de 3 517 020 ATS, hors TVA. L'offre faite par l'entreprise ÖAF & Steyr était de 4 174 290 ATS net; celle d'un autre soumissionnaire s'élevait à 4 168 690 ATS, hors TVA.

14. Le cahier des charges dispose en son point B.1.13, «Évaluation des offres», que:

«B.1.13. Évaluation des offres

L'offre techniquement et économiquement la plus avantageuse est déterminée suivant le principe du mieux-disant. Une condition de base est que les véhicules proposés répondent aux spécifications du cahier des charges.

L'évaluation est faite comme suit:

Lors de l'évaluation des offres, il faut toujours partir du mieux-disant et calculer le nombre de points par rapport à ce dernier.

[...]

2) Autres critères:

Les autres critères peuvent donner lieu à l'attribution au maximum de 100 points, qui entreront pour 20 % dans l'évaluation globale.

2.1. Liste de références de clients de motos-balayeuses dans les régions alpines de l'Union européenne (références en langue allemande): pondération pour 20 points.

Formule d'évaluation:

Nombre de clients le plus élevé divisé par le nombre de clients occupant le deuxième rang, multiplié par 20 points.»

15. Le 16 mai 2000, le pouvoir adjudicateur a écarté l'offre de GAT au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges, parce que l'appareil de nettoyage des trottoirs proposé ne pouvait fonctionner que jusqu'à une température de 0 °C, alors que l'appel d'offres prévoyait au minimum −5 °C. De surcroît, malgré les invitations formulées en ce sens par le pouvoir adjudicateur, GAT n'aurait pas rempli la condition prévue dans l'appel d'offres, selon laquelle l'appareil devait pouvoir être examiné dans un rayon de 300 km du siège de l'entité adjudicatrice. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur a mis en doute le prix proposé par GAT. Enfin, malgré les invitations qui lui avait été adressées en ce sens par le pouvoir adjudicateur, GAT n'aurait pas détaillé de façon suffisante le système technique de nettoyage des réflecteurs de la machine qu'elle proposait.

16. Conformément à la proposition d'attribution du 31 juillet 2000, le marché a été attribué par écrit à l'entreprise ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG, par lettre du 23 août 2000. Les autres soumissionnaires ont été informés par lettre du 12 juillet 2000 de la désignation de l'adjudicateur. GAT a reçu notification du rejet de son offre par lettre du 17 juillet 2000, et le nom de l'adjudicateur, ainsi que le montant du marché lui ont été communiqués par lettre du 5 octobre 2000.

17. Le 17 novembre 2000, la requérante a formé un recours tendant à faire constater que le marché n'a pas été attribué au mieux-disant et que son offre a été écartée de façon illégale. La description technique du nettoyage des réflecteurs qu'elle avait jointe à son offre était, selon elle, suffisante pour un spécialiste. De surcroît, le pouvoir adjudicateur aurait été convié à une visite de l'usine de son fournisseur. En tout état de cause, le critère d'attribution relatif à la «possibilité d'examiner l'objet du marché dans un rayon de 300 km du lieu du siège de l'entité adjudicatrice» serait contraire aux exigences du droit communautaire, en

tant qu'il constituerait une discrimination indirecte. Selon elle, le pouvoir adjudicateur aurait dû se satisfaire de tout objet de référence se trouvant en Europe. En outre, ce critère ne pouvait servir que de critère d'attribution et il ne saurait, comme le pouvoir adjudicateur l'aurait fait à tort a posteriori, être utilisé comme critère d'aptitude. Elle reconnaît certes que la version de base de la moto-balayeuse proposée par GAT ne peut être utilisée à une température inférieure à 0 °C. Le pouvoir adjudicateur se serait cependant réservé la possibilité d'acquérir une option complémentaire. L'option proposée par GAT permettrait à la machine de fonctionner, conformément au cahier des charges, à une température de −5 °C. Enfin, le prix offert par GAT ne serait nullement inapproprié. La requérante prétend qu'elle était en mesure d'expliquer de façon suffisante au pouvoir adjudicateur pourquoi son prix était tellement favorable.

IV — Les questions préjudicielles

18. Le Bundesvergabeamt estimant qu'une décision de la Cour est nécessaire, il a saisi celle-ci des questions préjudicielles suivantes par ordonnance du 11 juillet 2001:

«1) a) Résulte-t-il de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665/CEE, d'une autre disposition de cette directive ou d'une autre disposition quelconque du droit communautaire que l'instance responsable des procédures de recours au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, y compris celle pourvue de la compétence visée à l'article 2, paragraphe 1, sous c), n'a pas le droit de soulever d'office, et indépendamment des conclusions des parties, des circonstances pertinentes au regard du droit des procédures d'adjudication, qui présentent à ses yeux une importance pour la décision à prendre sur la procédure de recours?

b) Les dispositions de l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665/CEE, le cas échéant prises en combinaison avec d'autres principes du droit communautaire, s'opposent-elles à ce que l'instance responsable des procédures de recours au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, y compris celle pourvue de la compétence visée à l'article 2, paragraphe 1, sous c), rejette une demande d'un soumissionnaire visant indirectement à obtenir des dommages-intérêts en faisant valoir, dans les cas où la procédure d'adjudication se trouve déjà entachée d'un vice juridique substantiel en raison d'une décision du pouvoir adjudicateur autre que celle attaquée par ce soumissionnaire, que le préjudice éventuel de ce dernier se serait également produit pour d'autres raisons et indépendamment de la décision attaquée?

2) En cas de réponse négative à la question 1) a), les dispositions de la directive 93/36/CEE, en particulier celles des

articles 15 à 26 de cette directive, interdisent-elles au pouvoir adjudicateur, lors de la mise en œuvre de procédures d'adjudication, de tenir compte des références relatives aux produits offerts par des soumissionnaires non pas pour l'évaluation de l'aptitude de ces derniers, mais en tant que critère d'attribution, de sorte que l'appréciation négative de ces références n'entraînera pas l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication, mais conduira simplement à évaluer son offre moins favorablement, par exemple dans le cadre d'un système à points, dans lequel une appréciation défavorable des références pourrait être compensée par un prix moins élevé?

3) En cas de réponse négative aux questions 1) a) et 2), faut-il considérer comme conforme aux dispositions pertinentes du droit communautaire, y compris l'article 26 de la directive 93/36/CEE, le principe de l'égalité de traitement ainsi que les engagements de droit public international pris par les Communautés, un critère d'attribution en vertu duquel seul le nombre des références de produits est pris en compte, sans examen au fond du point de savoir si l'expérience des acquéreurs avec ce produit a été bonne ou mauvaise, et en ne tenant compte que des références provenant des régions alpines de l'Union européenne?

4) Faut-il considérer comme conforme aux dispositions du droit communautaire, en particulier au principe de l'égalité de traitement, un critère d'attribution en vertu duquel ne peuvent faire l'objet d'une appréciation positive que les possibilités d'examen de visu situées dans un rayon de 300 km du lieu d'établissement de l'entité adjudicatrice?

5) En cas de réponse positive à la question 2) ou de réponse négative aux questions 3) ou 4), l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665/CEE, le cas échéant pris en combinaison avec d'autres principes du droit communautaire, doit-il être interprété en ce sens que, lorsque l'infraction commise par l'entité adjudicatrice consiste en l'établissement d'un critère d'attribution illégale, le soumissionnaire n'a droit à indemnisation que s'il peut être concrètement établi que, sans le critère d'attribution illégale, il aurait présenté la meilleure offre?»

V — Appréciation

19. Dans le cadre de cette procédure, des observations écrites ont été présentées à la Cour par GAT, le gouvernement autrichien et la Commission. Tant la Commission que le gouvernement autrichien ont contesté la recevabilité des questions. C'est ce point que nous examinerons en premier lieu ci-après.

A — *La compétence du Bundesvergabeamt pour poser des questions préjudicielles*

20. La Commission s'interroge sur la recevabilité des questions, car les décisions du Bundesvergabeamt n'auraient pas un caractère juridictionnel. Elle renvoie aux observations qu'elle a présentées dans l'affaire Siemens et ARGE Telekom & Partner (C-314/01), pendante devant la Cour. Dans cette affaire, la Commission observe que si le Bundesvergabeamt réunit les critères d'une juridiction au sens de l'article 234 CE, tels qu'établis dans la jurisprudence de la Cour, elle doute du caractère juridictionnel de ces décisions. À cet égard, elle se réfère à la jurisprudence de la Cour selon laquelle les juridictions nationales ne sont habilitées à la saisir que si un litige est pendant devant elles et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel. Elle se réfère en particulier aux affaires Victoria Film (C-134/97) [5], et Salzmann, C-178/99 [6]. La Commission doute de leur caractère juridictionnel, parce que le juge de renvoi dans l'affaire Siemens et ARGE Telekom & Partner aurait indiqué que les décisions rendues par le Bundesvergabeamt en application de l'article 113, paragraphe 2, deuxième phrase, du BverG ne contiennent pas d'injonctions au pouvoir adjudicateur susceptibles d'exécution. Dans ces circonstances, la Commission n'exclut pas que les décisions du Bundesvergabeamt puissent être dénuées de caractère juridictionnel.

5 — Arrêt du 12 novembre 1998 (Rec. p. I-7023, point 14).

6 — Arrêt du 14 juin 2001 (Rec. p. I-4421, point 14).

B — *Recevabilité des questions préjudicielles*

21. Le gouvernement autrichien estime que la première question, sous a), et la cinquième question ne sont pas recevables. Il estime qu'il résulte des indications contenues dans l'ordonnance de renvoi que ces questions ont été posées dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 113, paragraphe 3, du BverG, et que celle-ci ne constitue pas une procédure de recours au sens de la directive 89/665, mais une simple procédure en constatation. Le gouvernement autrichien expose à cet égard que le législateur a fait usage de la faculté offerte par l'article 2, paragraphe 6, deuxième phrase, de la directive 89/665 en prévoyant que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, seuls peuvent être demandés des dommages-intérêts. Le gouvernement autrichien explique que le Bundesvergabeamt connaît des procédures de recours au sens de la directive, mais n'a pas qualité pour exercer les compétences visées à l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665. En vertu de l'article 113, paragraphe 3, le Bundesvergabeamt doit se borner à constater, après l'attribution du marché, s'il y a bien eu violation du droit des marchés publics (voir la disposition analogue de l'article 117, paragraphe 3, du BverG). L'attribution de cette mission au Bundesvergabeamt aurait été dictée par un souci d'économie de procédure. En premier lieu, en tant que spécialiste du domaine des marchés publics, le Bundesvergabeamt est le plus qualifié sur ce terrain. En outre, cela permet d'éviter d'éventuelles divergences dans la jurisprudence, des frais de procédure inutiles et une durée de procédure plus longue. Cependant, pour l'octroi de dommages-intérêts,

c'est le juge civil qui est compétent. La procédure en constatation devant le Bundesvergabeamt doit précéder l'éventuel recours en indemnité devant le juge civil sous peine d'irrecevabilité de la demande en vertu de l'article 125, paragraphe 2, du BverG. Le même article dispose également que les parties et le juge civil sont liés par les constatations du Bundesvergabeamt. Selon le gouvernement autrichien, il ressort des éléments qui précèdent que la procédure en constatation n'est pas une procédure de recours au sens de la directive 89/665 et que, partant, l'interprétation des première question, sous a), et cinquième question n'est pas nécessaire pour statuer dans la procédure au principal.

C — *Appréciation*

22. La Commission ne conteste pas que cette instance satisfait aux critères d'une juridiction tels que dégagés par la Cour dans sa jurisprudence antérieure. Elle se demande cependant si les décisions du Bundesvergabeamt aboutissent à une décision de nature juridictionnelle. En revanche, le gouvernement autrichien limite l'exception d'irrecevabilité à la première question, sous a), et à la cinquième question. Selon ce gouvernement, le Bundesvergabeamt n'a pas besoin de ces réponses pour prendre une décision. En effet, lesdites questions se rapportent à des aspects pour lesquels cette instance n'est pas compétente.

23. Nous examinerons ci-après, en premier lieu, l'exception soulevée par la Commission, ce en quoi nous pouvons être bref. Il s'agit incontestablement d'une juridiction au sens de l'article 234 CE. La Cour l'a déjà reconnu (implicitement) à plusieurs reprises [7]. La question de savoir si les décisions du Bundesvergabeamt présentent aussi un caractère juridictionnel a récemment fait l'objet des conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire Felix Swoboda (C-411/00) [8]. Il souligne à juste titre qu'une instance peut très bien rendre des décisions de caractère juridictionnel alors même qu'elle ne dispose pas du pouvoir de prononcer des injonctions susceptibles d'exécution. Il prend l'exemple de la Cour de justice qui, hormis lorsqu'elle statue en référé, ne dispose pas d'un tel pouvoir. Nous nous rallions à ce point de vue. Comme cela a été observé dans les conclusions précitées, si le Bundesvergabeamt ne dispose pas de moyens de contrainte pour exécuter sa décision à l'encontre du pouvoir adjudicateur, cette instance est néanmoins compétente pour prononcer l'annulation et ses décisions sont contraignantes. Dans l'affaire dans laquelle l'avocat général Mischo a conclu, le Bundesvergabeamt ne pouvait pas non plus annuler la décision du pouvoir adjudicateur, car le contrat suivant l'attribution du marché avait déjà été conclu et, en conséquence, selon la législation autrichienne, seuls des dommages-intérêts pouvaient encore être demandés. Dans ce cas, c'est au Bundesvergabeamt qu'appartient la compétence d'apprécier, au titre de l'article 113, paragraphe 3, du BverG, si le marché a bien été attribué au

7 — Voir, par exemple, arrêts du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73); du 24 septembre 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357); du 24 septembre 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Rec. p. I-5411); du 16 septembre 1999, Fracasso et Leitschutz (C-27/98, Rec. p. I-5697); du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Rec. p. I-7671); du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), et du 7 décembre 2000, ARGE (C-94/99, Rec. p. I-11037).

8 — Conclusions du 18 avril 2002 (arrêt du 14 novembre 2002, Rec. p. I-10567, p. I-10570).

mieux-offrant. Une telle décision n'est pas dénuée d'importance. En premier lieu, il résulte de l'article 125, paragraphe 2, du BverG qu'une telle procédure devant le Bundesvergabeamt est nécessaire sous peine d'irrecevabilité d'une action ultérieure en dommages-intérêts devant le juge civil. En second lieu, les parties et le juge civil sont liés par le jugement du Bundesvergabeamt. Nous nous rallions donc à la conclusion de l'avocat général Mischo, selon laquelle le Bundesvergabeamt est compétent, en tant que juridiction, pour poser des questions préjudicielles.

24. Il y a ensuite lieu d'examiner également si l'ensemble des questions posées — ce que conteste le gouvernement autrichien — sont recevables. La république d'Autriche affirme que les procédures en constatation ne constituent pas des procédures de recours au sens de la directive 89/665. Nous ne saurions partager ce point de vue.

25. Il résulte de l'économie de la législation autrichienne que les pouvoirs visés à l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive ont été attribués au Bundesvergabeamt, et celui de l'article 2, paragraphe 1, sous c), au juge civil. Pour ainsi répartir les missions, le législateur autrichien a fait usage de l'article 2, paragraphe 2, de la directive. Ensuite, la république d'Autriche a utilisé la faculté prévue à l'article 2, paragraphe 6, de la directive. En vertu de celle-ci, les États membres peuvent choisir, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution du marché, de limiter les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.

26. La directive impose aux États membres de prévoir des compétences liées aux procédures en référé, en annulation et en dommages-intérêts. Le fait que le législateur autrichien a prévu dans son ordre juridique interne un recours en dommages-intérêts en deux temps (la procédure que le gouvernement autrichien appelle recours en constatation devant le Bundesvergabeamt et le recours en dommages-intérêts proprement dit devant le juge civil) n'exclut pas la compétence du Bundesvergabeamt pour poser des questions préjudicielles. C'est d'autant plus vrai que le juge civil est lié par la décision du Bundesvergabeamt. Ces procédures sont donc étroitement liées. Il serait contraire à l'effet utile de la directive que le Bundesvergabeamt ne puisse pas soumettre de questions préjudicielles dans le cadre de ce que le gouvernement autrichien appelle un recours en constatation.

27. Il résulte en effet du régime légal autrichien que le Bundesvergabeamt vérifie si les exigences découlant des directives en matière de marchés publics ont été respectées. Comme nous l'avons indiqué dans les points précédents, cette constatation produit des effets juridiques, car c'est sur sa base qu'une action en dommages-intérêts peut être engagée devant le juge civil. Étant donné que les décisions du Bundesvergabeamt produisent des effets juridiques, les questions préjudicielles peuvent très bien être posées dans le cadre de la procédure en constatation qui, ne l'oublions pas, sert à vérifier si le droit communautaire des

marchés publics ou les dispositions nationales transposant ce droit communautaire ont été violés.

28. Nous ne saurions donc partager le point de vue du gouvernement autrichien, à savoir que la première question posée serait dénuée de pertinence. Il s'agit justement de l'instance par excellence qui doit apprécier l'existence d'une infraction. Il lui importe de savoir si elle peut également soulever d'office des éléments qui n'ont pas été invoqués par les parties. Il n'en va pas de même pour la cinquième question. Celle-ci porte sur le point de savoir quand le soumissionnaire a droit à des dommages-intérêts. Selon le droit autrichien, cette question relève du juge civil. La question de savoir s'il existe en l'espèce un droit à des dommages-intérêts doit donc être tranchée par ce juge, conformément à son droit national.

29. Nous concluons dès lors que le Bundesvergabeamt autrichien est compétent pour poser des questions préjudicielles et que toutes celles qui ont été présentées par cette juridiction sont recevables, à l'exception de la cinquième.

VI — Sur le fond

A — *La première question, sous a)*

30. Par cette question, le juge de renvoi souhaite s'entendre dire si l'article 2, paragraphe 8, de la directive ou une quelconque autre disposition de la directive ou du droit communautaire s'oppose au soulèvement d'office de circonstances pertinentes à la procédure de passation.

31. Le Bundesvergabeamt explique dans son ordonnance de renvoi que, en vertu de l'article 39, paragraphe 2, de la loi générale de 1991 relative à la procédure administrative, il est tenu de se prononcer d'office et doit en conséquence examiner si d'autres critères d'attribution que ceux que la requérante a contestés sont licites. S'il s'avère que d'autres critères sont également irréguliers, il peut en découler un rejet du recours. Le Bundesvergabeamt estime que cette conséquence du libellé de l'article 113, paragraphe 3, du BverG, combiné au principe de l'action d'office dans les procédures administratives, est en principe compatible avec le droit communautaire. Cependant, eu égard à l'esprit de la disposition figurant à l'article 113, paragraphe 3, du BverG, on peut se demander si cette conséquence est également compatible avec le principe d'une protection juridique effective.

32. Le juge de renvoi observe en outre qu'il ne voit en principe aucune disposition du droit communautaire qui s'opposerait à l'action d'office, sans toutefois nier l'existence d'une certaine friction entre l'action d'office dans les procédures administratives et le principe du contradictoire.

33. Néanmoins, le Bundesvergabeamt se voit contraint par l'article 234, troisième

alinéa, CE de présenter des questions à ce sujet. Cela résulte directement de l'arrêt du 8 mars 2001 du Bundesverfassungsgericht (la Cour constitutionnelle) (Autriche). Celle-ci a connu de questions de compatibilité de l'action d'office avec le principe du recours contradictoire, prévu à l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665. Le Bundesverfassungsgericht a annulé un certain nombre de décisions du Bundesvergabeamt au motif que celui-ci a soulevé d'office des irrégularités dans la procédure de passation.

34. La Commission observe que la directive n'impose pas que le déroulement de la procédure de recours devant une instance indépendante au sens de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665 soit exclusivement fondé sur les moyens soulevés par les parties et n'exclut donc pas que cette instance examine d'office les circonstances pertinentes, dès lors que les parties ont le droit d'être entendues. Le gouvernement autrichien aussi, qui renvoie à cet effet à ses observations dans l'affaire Primetzhofer Stahl- und Fahrzeugbau [9], estime que l'action d'office n'est pas contraire à la première partie de la dernière phrase de l'article 2, paragraphe 8, de la directive.

35. Les observations du GAT, qui sont notamment concentrées sur les conséquences de l'action d'office, font en substance valoir que la prise en compte d'office de circonstances qui n'ont pas été soulevées par les parties serait contraire à la directive.

36. Il y a lieu d'observer en tout premier lieu que le Bundesvergabeamt est une juridiction au sens de l'article 234 CE. La Cour a déjà précisé que, en vertu de l'article 2, paragraphe 8, premier alinéa, de la directive 89/665, les États membres peuvent choisir entre deux solutions dans l'organisation du système de contrôle des marchés publics. Soit la compétence est attribuée à une instance juridictionnelle, soit à une «instance de base», qui n'est pas une instance juridictionnelle, dans lequel cas un recours doit être possible devant une instance juridictionnelle ou une autre instance, laquelle doit alors répondre aux exigences particulières prévues à l'article 2, paragraphe 8, second alinéa, de la directive 89/665 afin de garantir un recours adéquat [10]. Étant donné que le Bundesvergabeamt doit être considéré comme une instance juridictionnelle («la première option»), cette sauvegarde n'est pas applicable. En conséquence, les observations du gouvernement autrichien, mais aussi de la Commission, selon lesquelles l'action d'office n'est pas en conflit avec la première partie de la dernière phrase de l'article 2, paragraphe 8, de la directive, sont dénuées de pertinence en l'espèce. La question demeure cependant pertinente, car le juge de renvoi la pose aussi au regard de son intervention en tant qu'«instance juridictionnelle». En outre, le fait que la décision

9 — Cette affaire a été clôturée entre-temps; voir ordonnance du 11 juillet 2002 (C-464/00, non publiée au Recueil).

10 — Arrêt du 4 février 1999, Köllensperger et Atzwanger (C-103/97, Rec. p. I-551, points 27 à 30). Voir également arrêt du 4 mars 1999, HI (C-258/97, Rec. p. I-1405, points 14 à 19).

intervient après une procédure contradictoire constitue l'un des facteurs dont la Cour tient compte pour apprécier si l'on est en présence d'une juridiction au sens de l'article 234 CE.

37. Pour les motifs exposés ci-après, nous estimons qu'une procédure contradictoire n'exclut pas l'action d'office du juge compétent dans une procédure administrative. Une procédure contradictoire implique en pratique que les parties peuvent chacune réagir aux arguments de l'autre avant que l'instance saisie ne se prononce et que, si celle-ci soulève d'office certains éléments, lesdites parties doivent également pouvoir réagir à ceux-ci. En outre, la directive prévoit que les États membres doivent organiser des procédures accessibles, rapides et efficaces. Pour ce qui est de leur organisation, ils sont cependant libres. Ils peuvent donc prévoir qu'un juge peut soulever d'office des circonstances pertinentes à son appréciation. La mesure dans laquelle le Bundesvergabeamt est tenu de soulever d'office toute circonstance pertinente, et donc indépendamment des moyens avancés par les parties, fait également l'objet de la question suivante. Nous estimons en conséquence que le soulèvement d'office, indépendamment des moyens avancés par les parties dans la procédure de recours, de circonstances pertinentes à la procédure de passation n'est pas contraire à la directive, dès lors que, dans ce cadre, la finalité poursuivie par la directive, à savoir une protection juridique effective, est garantie.

B — *La première question, sous b)*

38. Par sa première question, sous b), le Bundesvergabeamt souhaite s'entendre dire si l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive, éventuellement pris en combinaison avec d'autres principes du droit communautaire, s'oppose à ce que l'instance de recours rejette une demande d'un soumissionnaire visant indirectement à obtenir des dommages-intérêts si la procédure d'adjudication était déjà irrégulière pour d'autres motifs, qu'il n'avait pas soulevés.

39. Dans son ordonnance de renvoi, le Bundesvergabeamt a précisé, dans le cadre de la première question, sous a) et b), qu'il résulte des articles 113, paragraphe 3, et 115, paragraphe 1, du BverG que, dans une procédure de recours postérieure à l'attribution d'un marché, il doit vérifier la validité de la décision d'adjudication attaquée, mais ne peut faire droit au recours que si c'est la décision illégale attaquée qui a eu pour effet que le marché n'a pas été attribué au mieux-disant au sens de la loi. Partant, il est impossible de faire droit au recours lorsque la procédure d'adjudication est déjà frappée, en raison d'une autre décision (peut-être antérieure) du pouvoir adjudicateur, d'une illégalité fondamentale et que cette autre décision du pouvoir adjudicateur n'a justement pas été contestée par le requérant dans la procédure de recours. Dès lors, un soumissionnaire qui conteste une décision du pouvoir adjudicateur dont l'invalidité est établie ne pourra néanmoins pas engager d'action en dommages-intérêts, et ce au motif que l'invalidité de la procédure d'adjudication

résulte déjà d'une autre décision du pouvoir adjudicateur qui, elle, n'a pas été attaquée. Dans un tel cas, le requérant n'est en effet pas «lésé», au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665, par la violation qu'il a contestée, car le préjudice, par exemple des frais de soumission engagés en vain, résulte d'une autre infraction (antérieure) du pouvoir adjudicateur.

40. GAT estime que la pratique jurisprudentielle précitée du Bundesvergabeamt est contraire au principe de protection juridique effective sanctionné par le droit communautaire des marchés publics. Elle se réfère à cet égard à l'arrêt du Verfassungsgerichtshof qui conclut au départ de la jurisprudence de la Cour que le droit d'engager une procédure de recours sur la base de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 doit faire l'objet d'une interprétation large, qui reconnaîtrait cette qualité pour agir à quiconque a montré, en présentant une offre, l'intérêt qu'il porte à l'attribution de ce marché. GAT expose que, dans cet arrêt, le Verfassungsgerichtshof a conclu que, compte tenu de cette protection juridique extensive des candidats et soumissionnaires, il paraît douteux que le point de vue du Bundesvergabeamt, selon lequel le recours d'un soumissionnaire ne saurait être accueilli parce que la procédure de passation concernée est déjà défectueuse pour un autre motif, soit compatible avec le droit communautaire.

41. À titre d'illustration, GAT souligne que, dans la procédure au principal, le Bundesvergabeamt l'a confrontée à son point de vue selon lequel, si la procédure s'était déroulée correctement, l'appel d'offres aurait dû être annulé parce que le critère d'attribution relatif à une liste de références n'est licite ni en droit national ni en droit communautaire. Elle souligne que ce critère ne fait pas l'objet de la procédure qu'elle a engagée. Selon le point de vue du Bundesvergabeamt, il en résulte cependant qu'elle perd son droit aux dommages-intérêts. Selon GAT, une telle pratique juridique, par laquelle le Bundesvergabeamt constate d'office que la procédure est irrégulière, peut être licite si elle a lieu avant l'attribution du marché. Dans ce cas, un nouvel appel d'offres peut être lancé après avoir écarté le critère illicite. Alors, le soumissionnaire n'est pas lésé, en ce sens qu'il peut de nouveau soumissionner. Toutefois, après l'attribution, il n'existe plus aucune possibilité d'y remédier. En outre, les soumissionnaires ont évalué leur situation juridique sur la seule base de la procédure concrète. Selon GAT, c'est donc sur celle-ci que devrait être fondée la procédure de recours.

42. GAT observe que cette jurisprudence du Bundesvergabeamt aboutit à faire peser la responsabilité du bon déroulement de la procédure d'adjudication sur les épaules des soumissionnaires, alors que le pouvoir adjudicateur n'a pas à subir les conséquences d'une procédure irrégulière. Il n'appartient pas au soumissionnaire de faire apparaître la totalité des infractions commises dans le cadre d'une procédure d'adjudication, fussent-elles simplement potentielles. La qualité pour agir est en effet liée à ses droits subjectifs, notamment lorsqu'il subit un préjudice ou risque d'en subir un à la suite de la violation du droit applicable.

43. Tant la Commission que le gouvernement autrichien proposent de répondre à cette question par l'affirmative. La Commission observe que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 prévoit que les procédures de recours doivent être accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. S'agissant de la portée des procédures de recours contre les décisions de pouvoirs adjudicateurs, la Commission renvoie aux conclusions rendues par M. l'avocat général Tizzano dans l'affaire HI [11]. Elle estime que les considérations qui y figurent s'appliquent non seulement aux recours dirigés contre les décisions du pouvoir adjudicateur, mais également aux recours en indemnité au titre de l'article 2, paragraphe 1, sous c), d'autant plus que la directive ne prévoit pas non plus la possibilité de restreindre ce type de recours.

44. Le gouvernement autrichien souligne qu'une réponse négative aurait pour conséquence que, en dépit de son bien-fondé, le recours contre le pouvoir adjudicateur devrait être rejeté parce que le préjudice subi par l'intéressé aurait été causé par des illégalités de la procédure d'adjudication autres que celles qu'il invoque. Un requérant dans une procédure de recours se trouverait ainsi contraint de soulever systématiquement toutes les illégalités de la procédure d'adjudication pour faire valoir son droit. Cette conception pourrait être contraire à la directive 89/665, qui exige que toute illégalité invoquée par le requérant fasse l'objet d'une décision rapide et efficace. Le rejet d'un recours en dépit de son bien-fondé pourrait constituer un déni de justice. D'autre part, le gouvernement autrichien observe que l'on pourrait également concevoir que, puisque la directive ne prévoit pas de dispositions explicites à ce sujet, la réponse à cette question doive être recherchée exclusivement dans le droit national.

45. La Cour a itérativement rappelé que la directive 89/665 vise à renforcer les mécanismes existants, 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. C'est pour ce motif que l'article 1er, paragraphe 1, de la directive impose aux États membres de mettre en place des possibilités de recours rapides et efficaces. Il s'agit donc de la possibilité de former un recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur sans aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu de ces décisions [12]. Cette portée de la directive s'oppose à ce qu'elle soit interprétée et appliquée d'une manière qui restreindrait directement ou indirectement les possibilités de recours des soumissionnaires. Cela vaut également, selon nous, pour les actions en dommages-intérêts. L'article 1er, paragraphe 3, de la directive dispose que les procédures de recours (y compris les recours en dommages-intérêts) doivent être accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou

11 — Voir points 23 et 24 des conclusions (arrêt du 18 juin 2002, C-92/00, Rec. p. I-5553).

12 — Arrêt Alcatel Austria e.a. (précité à la note 7); voir également arrêt du 18 juin 2002, HI (précité à la note 11).

risquant d'être lésée par une violation alléguée. La directive ne prévoit aucune possibilité de limiter cet accès. Au contraire, la seule faculté dont disposent les États membres consiste à prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution du marché, les procédures de recours se limitent *aux* actions en dommages-intérêts, qui doivent néanmoins toujours être accessibles «à toute personne lésée par une violation». Il ne ressort ni du libellé de l'article 1er, paragraphe 3, ni de celui de l'article 2, paragraphe 6, que cette faculté du soumissionnaire intéressé peut être restreinte.

46. Il résulte de la pratique décrite par le juge de renvoi que les soumissionnaires lésés par une illégalité commise par le pouvoir adjudicateur ne peuvent néanmoins pas réclamer de dommages-intérêts. Un soumissionnaire qui pense que c'est à tort qu'un marché ne lui a pas été attribué n'est en effet pas supposé savoir qu'un critère illégal avait déjà été appliqué dans la phase de sélection des soumissionnaires, indépendamment du fait que lui-même satisfait à ce critère illégal et n'en a donc pas ressenti de préjudice. Si notamment il avait déjà été exclu dans cette phase sur la base d'un critère illégal, il aurait pu agir à ce stade.

47. La portée du droit communautaire en la matière serait méconnue si un contrôle d'office du Bundesvergabeamt faisait obstacle à ce qu'une illégalité commise à l'égard d'un soumissionnaire puisse donner lieu à l'engagement d'un recours en indemnité. C'est d'autant plus vrai que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution, celle-ci ne peut plus être contestée.

C — *La deuxième question*

48. Par cette question, le juge de renvoi souhaite s'entendre dire si la directive 93/36 s'oppose à la prise en compte d'une liste de références relatives aux produits offerts par les soumissionnaires en tant que critère d'attribution.

49. Il résulte de l'ordonnance de renvoi que le pouvoir adjudicateur accorde des points pour cette liste, sans tenir compte de l'expérience des acquéreurs concernés avec ce produit. En outre, la liste doit se rapporter à des acquéreurs dans les régions alpines de l'Union européenne, point sur lequel porte également en partie la question suivante. Cette question-ci a pour objet de savoir si une telle liste peut entrer en ligne de compte pour décider de l'attribution du marché, plutôt que servir de critère de sélection qualitatif.

50. En substance, tant la Commission que le gouvernement autrichien observent qu'il s'agit là davantage d'un critère d'aptitude que d'un critère d'attribution, et qu'il est contraire à l'économie de la directive 93/36 de tenir compte d'une liste de références

relative aux produits proposés par le soumissionnaire non pas dans le cadre de son aptitude, mais dans le cadre de la décision d'attribution.

51. Jusqu'à présent, la Cour a maintenu une stricte distinction entre critères d'aptitude («sélection des soumissionnaires») d'une part et d'attribution («sélection des offres») d'autre part [13]. Il s'agit de deux opérations distinctes dans le cadre d'une procédure de passation, qui sont soumises à des règles distinctes. La sélection du soumissionnaire s'opère sur la base de sa capacité économique et financière et de son aptitude technique. Les articles 22, 23 et 24 de la directive 93/36 déterminent — de manière non limitative — les références et moyens de preuve permettant de démontrer la capacité et l'aptitude des soumissionnaires. S'agissant de la capacité technique, l'article 23 de la directive prévoit que celle-ci peut être établie sur la base d'une liste des principales livraisons. S'agissant de l'attribution, la sélection peut s'opérer soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base de critères permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. L'article 26, paragraphe 1, sous b), de la directive 93/36 énonce un certain nombre d'exemples de tels critères. Bien que cette énumération ne soit pas limitative et bien qu'il soit loisible au pouvoir adjudicateur d'en retenir d'autres, ce choix ne peut se porter que sur des critères tendant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse [14]. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que la liste de références est en l'espèce utilisée en tant que critère d'attribution. Comme l'ont observé tant la Commission que le gouvernement autrichien, une liste de références dont dépend l'octroi de certains points, sans prise en compte de l'expérience des adjudicateurs antérieurs mentionnés sur la liste, est tout à fait valable en tant que critère de sélection qualitatif, mais non pas en tant que critère d'attribution. Nous partageons ce point de vue. Il se peut que la liste de références en cause soit pertinente à l'expérience et au savoir-faire technique du soumissionnaire, mais une telle liste n'est pas adéquate pour déterminer l'offre la plus avantageuse. Une telle liste de références ne fournit notamment pas la moindre indication concernant les prestations fournies, le service, le coût d'utilisation ou d'autres critères propres à déterminer quelle offre s'avérera finalement la plus avantageuse, en termes économiques, pour l'adjudicateur.

52. Les éléments qui précèdent mènent à conclure que la possibilité de produire une liste comme en l'espèce en tant que critère d'attribution est incompatible avec la disposition de l'article 26 de la directive 93/36. À titre surabondant, nous observons encore qu'il n'appert pas de l'ordonnance de renvoi quel type de références les soumissionnaires concernés ont dû produire pour établir leur capacité technique. Le fait que cette exigence ne saurait consti-

13 — Arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635). Cette affaire concernait 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); la directive 93/36 connaît une systématique analogue.

14 — Voir, par exemple, arrêts du 18 octobre 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725), et Beentjes (précité à la note 13).

tuer un critère d'attribution ne signifie donc pas pour autant qu'elle était valable en tant que critère d'aptitude du soumissionnaire.

D — *La troisième question*

53. Cette question s'inscrit dans la prolongation de la précédente. À strictement parler, il n'est pas nécessaire d'y répondre, puisqu'elle n'a été posée que pour le cas où il serait répondu par la négative aux première question, sous a), et deuxième question. Il résulte de l'examen de la question précédente qu'une liste, qui ne fournit en tant que telle aucune donnée déterminante pour l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse, ne saurait servir de critère d'attribution. Nous examinerons donc ci-après notamment la question de savoir si la prise en compte exclusive de références provenant des régions alpines de l'Union européenne est compatible avec le droit communautaire.

54. Selon la Commission, la prise en compte exclusive de références provenant des régions alpines de l'Union européenne peut être discriminatoire en tant que critère d'aptitude. C'est aussi l'avis du gouvernement autrichien.

55. Nous partageons cet avis. Il résulte déjà de l'examen de la question précédente que le pouvoir adjudicateur ne peut appliquer que des critères d'attribution tendant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, et que le recours à une liste de références n'est pas approprié à cet effet. C'est certainement aussi le cas lorsque ces références d'acquéreurs ne peuvent provenir que des régions alpines de l'Union européenne. Indépendamment du point de savoir si la liste doit être qualifiée de critère d'attribution ou de critère de sélection qualitative, elle est de toute façon discriminatoire. Comme l'a également observé le gouvernement autrichien, une comparaison peut tout aussi bien être opérée avec des expériences dans d'autres régions montagneuses, présentant des caractéristiques climatiques et topographiques analogues. Un soumissionnaire pourrait donc éventuellement être privé des points nécessaires parce qu'une grande partie de sa clientèle se trouve dans les Alpes suisses ou, par exemple, dans les Pyrénées. On pourrait toutefois objecter que c'est le cas indépendamment du fait que les soumissionnaires aient la nationalité autrichienne, d'un des États de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen ou d'un État avec lequel une convention internationale a été conclue. Toutefois, en pratique, l'exigence que la liste d'acquéreurs ne se rapporte qu'aux régions alpines de l'Union européenne, donc de facto aux Alpes autrichiennes ou à la partie relativement modeste des Alpes située en Italie et en France, aura pour conséquence pratique que la situation géographique des entreprises établies en Autriche leur assurera une position privilégiée.

56. Nous concluons dès lors que l'adoption d'un critère comprenant des restrictions géographiques induit en soi une limitation

du cercle des soumissionnaires selon des paramètres géographiques et qu'un tel critère est donc par nature discriminatoire à l'encontre des candidats qui ne peuvent satisfaire auxdits paramètres géographiques.

E — *La quatrième question*

57. Cette question concerne le critère d'attribution en vertu duquel une appréciation positive n'est possible que si l'objet de la procédure de passation peut être examiné de visu dans un rayon de 300 km du lieu de l'adjudication. La Commission a observé à ce sujet que, en vertu de l'article 23, paragraphe 1, sous d), de la directive 93/36, le pouvoir adjudicateur peut demander des échantillons, descriptifs et/ou photographies, pour prouver la capacité. En conséquence, l'exigence d'une possibilité d'examen de visu dans un rayon de 300 km constituerait un critère d'aptitude. La république d'Autriche a également fait valoir qu'il s'agissait d'un critère d'aptitude et non pas d'attribution. En outre, un tel critère est discriminatoire, selon le gouvernement autrichien, car il favorise les opérateurs qui se trouvent à proximité du pouvoir adjudicateur, généralement des opérateurs de l'État membre concerné ou établis près de la frontière.

58. GAT a observé à cet égard que l'article 60 du BverG précise comment la capacité technique peut être prouvée. En règle générale, cela se fait par des certificats, photos et échantillons. Un contrôle direct ne serait permis que dans des cas exceptionnels, notamment lorsque les objets à livrer présentent un caractère complexe (article 60, paragraphe 2, du BverG). Il résulte également de cette disposition que l'exigence d'un examen de visu ne peut pas être formulée de sorte que l'objet de référence doive se trouver à proximité du pouvoir adjudicateur. Une telle exigence serait contraire à la finalité du droit européen des marchés publics, en ce qu'elle restreint la possibilité pour les fabricants et fournisseurs d'autres États membres de participer à la procédure de passation. C'est pour cette raison que l'article 60, paragraphe 2, du BverG disposerait que l'examen de visu peut être assuré soit par l'entité adjudicatrice elle-même soit, en son nom, par une autorité compétente du pays d'origine du soumissionnaire. En vertu du BverG dans la mesure où la complexité de l'objet à livrer justifie un contrôle direct, le pouvoir adjudicateur devrait donc admettre comme référence, en vue d'apprécier la capacité technique, l'ensemble des produits se trouvant en Europe. GAT précise en outre que la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse ne fait pas l'objet d'une réglementation analogue. Toutefois, selon la conception dominante en Autriche, l'appel d'offres peut prévoir, afin d'apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, une possibilité d'inspection de visu ou une preuve analogue si les particularités de l'objet du marché l'exigent. GAT fait valoir qu'il n'y a aucune raison d'opérer une distinction selon que la possibilité d'une inspection de visu est exigée en tant que critère d'aptitude ou en tant que critère d'attribution. La compétence du pouvoir adjudicateur d'exiger une inspection de visu à proximité de son siège constitue une discrimination déguisée, car, en général, seules les entreprises autrichiennes peuvent y satisfaire. Il n'en irait autrement que s'il

s'agissait de produits fabriqués en série ou de produits de plus petite taille, dans lequel cas l'envoi d'un échantillon suffit en règle générale. En l'espèce cependant, il s'agit de produire un exemplaire spécifique, dont le transport sera généralement très coûteux. Dans un tel cas, l'intérêt du fabricant prévaudrait et le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas exiger que l'examen de visu s'effectue exclusivement à proximité de son siège.

59. Comme nous l'avons déjà indiqué dans le cadre de la réponse aux questions précédentes, le critère d'attribution selon «l'offre économiquement la plus avantageuse» ne s'accommode que de critères de nature à déterminer celle-ci. Nous ne voyons pas en quoi le critère d'une «possibilité d'examiner l'objet du marché dans un rayon de 300 km» pourrait y contribuer. Il s'agit donc bien davantage d'un critère d'aptitude que d'attribution. Même dans ce cas, ce critère est cependant inadmissible, car un rayon de 300 km constitue une restriction réelle. Il joue en effet à l'avantage des soumissionnaires dont les clients et/ou l'établissement commercial sont situés à proximité du pouvoir adjudicateur, et qui ont donc en général la même nationalité que le pouvoir adjudicateur. Il est donc discriminatoire selon le pays d'origine des marchandises et/ou services concernés et selon la nationalité du fournisseur. Indépendamment de cela, nous ne voyons pas non plus la nécessité de limiter les possibilités d'inspection sur place de l'objet à un rayon de 300 km du lieu de l'adjudication. Comme l'a également indiqué GAT, on dispose d'alternatives si une inspection de l'objet sur place est souhaitée.

F — *La cinquième question*

60. Nous avons conclu au point 29 ci-dessus que cette question est irrecevable, car, après l'attribution du marché, le Bundesvergabeamt n'a compétence que pour vérifier si la procédure de passation du marché public s'est déroulée correctement et si le marché a bien été attribué au mieux-offrant, mais non pas pour accorder des dommages-intérêts. Pour le cas où nous ne serions pas suivis par la Cour sur ce point, nous examinerons néanmoins cette question.

61. On part du préalable qu'il existe une illégalité et que celle-ci réside dans l'établissement d'un critère d'attribution illégal. Il s'agit alors de savoir si le soumissionnaire n'a droit à des dommages-intérêts que s'il peut être concrètement établi que, sans le critère d'attribution illégal, il aurait été le mieux-disant.

62. Le juge de renvoi précise dans le cadre de cette question que le droit communautaire ne dit pas expressément dans quel cas il faut considérer qu'un soumissionnaire a été concrètement lésé par une infraction commise par le pouvoir adjudicateur. Il souligne qu'il est souvent difficile de prouver en pratique quelle aurait été l'offre du soumissionnaire en l'absence du critère illégal. Par ailleurs, l'efficacité pratique de la vérification des infractions dans le cadre de procédures de passation est en pratique augmentée si l'on part du principe que les

soumissionnaires sont lésés par tout critère d'attribution illégal susceptible de se répercuter sur le contenu de leurs offres.

63. L'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 concerne l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation. Une disposition analogue figure à l'article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 92/13 CEE [15]. La Commission souligne à juste titre que, contrairement à cette dernière directive qui prévoit que, lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit des marchés publics et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché [16], la directive 89/665 ne comporte pas une telle disposition. Nous observons au passage que cette directive ne comporte pas non plus de dispositions pour les cas où des dommages-intérêts seraient réclamés au titre d'autres frais.

64. À défaut d'une disposition à ce sujet dans la directive, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour [17] que cette question est régie par le droit national, en tenant compte des principes généraux du droit communautaire, dont le principe d'équivalence et le principe d'effectivité. Il en résulte que le recours en dommages-intérêts s'effectue selon les modalités matérielles et formelles prévues par la législation autrichienne en la matière. Cependant, selon une jurisprudence constante, celles-ci ne peuvent pas être moins favorables que pour des recours similaires de nature interne (un principe sur lequel est également fondée la directive elle-même) ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

65. Nous observons encore à cet égard que soumettre le droit du soumissionnaire à des dommages-intérêts à la condition qu'il puisse effectivement démontrer que, sans le critère d'attribution illégal, il aurait remporté le marché peut rendre l'exercice de ces droits en pratique impossible, ou sérieusement le restreindre.

66. Dans cette hypothèse, qui reviendrait à écarter toute compensation des frais qu'un soumissionnaire a vainement exposés pour participer à une procédure de passation qui s'est déroulée de manière irrégulière, les candidats potentiels à une procédure de passation pourraient être dissuadés d'y participer. Nous estimons cela contraire à la finalité des directives en matière de marchés publics et à la portée de la directive 89/665, qui vise justement à renforcer les possibilités de recours contre les infractions auxdites directives. Nous en concluons que l'article 2, paragraphe 1,

15 — Directive du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14).

16 — Voir, à cet égard, article 2, paragraphe 7, de la directive 92/13.

17 — Voir, encore récemment, arrêt du 11 juillet 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Rec. p. I-6325) et la jurisprudence qui y est citée.

sous c), de la directive ne saurait être interprété d'une manière aussi restrictive qu'un soumissionnaire n'a droit à des dommages-intérêts que s'il est en mesure de démontrer que, sans le critère d'attribution illégale, il aurait remporté le marché. Il est vrai que l'ampleur du droit à une réparation relève en principe du droit national, mais son application ne peut pas rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

VII — Conclusions

67. Eu égard aux éléments qui précèdent, nous suggérons à la Cour de répondre aux questions préjudicielles du Bundesvergabeamt de la manière suivante:

«1) a) 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, ne s'oppose pas à ce que l'instance responsable des procédures de recours au sens de l'article premier, paragraphe 1, de la directive, y compris celle pourvue de la compétence visée à son article 2, paragraphe 1, sous c), puisse soulever d'office, et indépendamment des conclusions des parties, des circonstances pertinentes.

b) L'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 s'oppose à ce que l'instance responsable des procédures de recours au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, y compris celle pourvue de la compétence visée à son article 2, paragraphe 1, sous c), rejette une demande d'un soumissionnaire visant indirectement à obtenir des dommages-intérêts au motif que la procédure d'adjudication serait déjà irrégulière, car entachée de vices autres que ceux soulevés par la requérante.

2) Les dispositions de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur, lors de la mise en œuvre de procédures d'adjudication, tienne compte des références relatives aux produits offerts par les soumissionnaires en tant que critère d'attribution.

3) Un critère fondé sur des références, en vertu duquel seul le nombre des références est pris en compte, sans examen au fond du point de savoir quelle a été l'expérience des acquéreurs avec le produit, ne constitue pas un critère d'attribution au sens de l'article 26 de la directive 93/36. La prise en compte exclusive de références provenant des régions alpines de l'Union européenne constitue en outre une discrimination prohibée, par le traité CE, selon l'origine des marchandises et services concernés.

4) Un critère en vertu duquel les candidats ne sont pris en considération que si l'objet de l'adjudication peut être examiné de visu dans un rayon de 300 km du lieu de l'adjudication ne constitue pas un critère d'attribution. Ce critère est en outre illicite, en tant que discriminatoire.

5) Il ne résulte pas de l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 que le soumissionnaire n'a droit à des dommages-intérêts que s'il peut concrètement établir que, sans le critère d'attribution illégal, il aurait été le mieux-disant.»