

ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)

12 décembre 2002 *

Dans l'affaire C-470/99,

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

Universale-Bau AG,

Bietergemeinschaft: 1) **Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg,**
2) **ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH,**

et

Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 1^{er}, sous a), b) et c), 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), ainsi

* Langue de procédure: l'allemand.

que 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),

LA COUR (sixième chambre),

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

avocat général: M. S. Alber,
greffier: H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour Universale-Bau AG, par MM. M. Neidhart, Direktor der Rechtsabteilung, et J. Mauch, Vorstandsdirektor Ingenieur,

- pour la Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH, par M^{es} J. Olischar et M. Kratky, Rechtsanwälte,

- pour Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, par M^e T. Wenger, Rechtsanwalt,

- pour le gouvernement autrichien, par M. H. Dossi, en qualité d'agent,

- pour le gouvernement néerlandais, par M. M. Fierstra, 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 d'audience,

ayant entendu les observations orales de Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, représentée par M^e C. Casati, Rechtsanwalt, du gouvernement autrichien, représenté par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent, et de la Commission, représentée par M. H. van Lier, en qualité d'agent, assisté de M^e R. Roniger, à l'audience du 12 septembre 2001,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 8 novembre 2001,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par ordonnance du 12 novembre 1999, parvenue à la Cour le 7 décembre suivant, le Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commission de contrôle des adjudications du Land de Vienne) a posé, en application de l'article 234 CE, quatre questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 1^{er}, sous a), b) et c), 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), ainsi que de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1, ci-après la «directive 89/665»).

- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Universale-Bau AG (ci-après «Universale-Bau») et le groupement d'entreprises («Bietergemeinschaft») constitué par Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg et par ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH (ci-après le «groupement d'entreprises») à Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (ci-après «EBS»), au sujet d'une procédure d'adjudication d'un marché de travaux.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

- 3 Il ressort des premier et deuxième considérants de la directive 89/665 que les mécanismes qui existaient à la date de son adoption, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer l'application effective des directives communautaires en matière de marchés publics ne permettaient pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations pouvaient encore être corrigées.
- 4 Aux termes du troisième considérant de cette directive, «l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire nécessite un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination et [...] il importe, pour qu'elle soit suivie d'effets concrets, qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit».
- 5 L'article 1^{er}, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665 dispose:

«1. Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/CEE et 92/50/CEE [...], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours

efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

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

- 6 Ainsi qu'il résulte de son premier considérant, la directive 93/37 a procédé, dans un souci de clarté et de rationalité, à la codification de 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), telle que successivement modifiée.
- 7 Aux termes du deuxième considérant de la directive 93/37, «la réalisation simultanée de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux, conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public, comporte, parallèlement à l'élimination des restrictions, une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux».

- 8 Le dixième considérant de la directive 93/37 précise que «le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des États membres; que les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux entrepreneurs de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent; que, à cet effet, il convient de leur donner une connaissance suffisante des prestations à fournir et des conditions dont elles sont assorties; que, plus spécialement dans les procédures restreintes, la publicité a pour but de permettre aux entrepreneurs des États membres de manifester leur intérêt aux marchés en sollicitant des pouvoirs adjudicateurs une invitation à soumissionner dans les conditions requises».
- 9 En outre, il ressort du onzième considérant de la directive 93/37 que «les informations supplémentaires concernant les marchés doivent figurer, comme il est d'usage dans les États membres, dans le cahier des charges relatif à chaque marché ou dans tout document équivalent».
- 10 L'article 1^{er}, sous a), b) et c), de la directive 93/37 dispose:

«Aux fins de la présente directive:

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

- b) sont considérés comme ‘pouvoirs adjudicateurs’, l’État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

On entend par ‘organisme de droit public’ tout organisme:

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d’intérêt général ayant un caractère autre qu’industriel ou commercial

et

- doté de la personnalité juridique

et

- dont soit l’activité est financée majoritairement par l’État, les collectivités territoriales ou d’autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l’organe d’administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l’État, les collectivités territoriales ou d’autres organismes de droit public.

[...]

c) on entend par 'ouvrage' le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.»

11 Aux termes de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/37:

«Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée, après avoir publié un avis de marché et sélectionné les candidats selon des critères qualitatifs et connus, dans les cas suivants:

[...]»

12 L'article 13 de la directive 93/37, qui est applicable aux procédures restreintes et aux procédures négociées, prévoit, à son paragraphe 2, sous e):

«Les pouvoirs adjudicateurs invitent simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres. La lettre d'invitation est accompagnée du cahier des charges et des documents complémentaires. Elle comporte au moins:

[...]

e) les critères d'attribution du marché, s'ils ne figurent pas dans l'avis.»

13 L'article 30, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/37 prévoit:

«1. 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 d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

2. Dans le cas visé au paragraphe 1 point b), le pouvoir adjudicateur mentionne, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée.»

La réglementation nationale

- 14 Le Wiener Landesvergabegesetz (loi du Land de Vienne sur la passation des marchés publics, LGBl. n^o 36/1995, ci-après le «WLVergG»), dispose, à son article 48, paragraphe 2:

«Le marché doit être attribué à l'offre techniquement et économiquement la plus avantageuse au regard des critères énoncés dans l'avis de marché [...]»

- 15 L'article 96 du WLVergG, intitulé «Procédure préalable», prévoit, à ses paragraphes 1 et 2:

«1. Si un entrepreneur estime qu'une décision prise par le pouvoir adjudicateur pour l'attribution du marché enfreint la présente loi, et qu'il a été ou risque d'être lésé de ce fait, il doit en informer le pouvoir adjudicateur dûment par écrit, en indiquant ses motifs et son intention d'introduire un recours.

2. Le pouvoir adjudicateur doit, après avoir reçu la notification visée au paragraphe 1, soit supprimer immédiatement l'illégalité relevée et en informer les entrepreneurs, soit informer l'entrepreneur plaignant par écrit des raisons pour lesquelles l'illégalité prétendue n'existe pas.»

- 16 L'article 97 du WLVergG, intitulé «Introduction du recours», est libellé comme suit:

«1. Un recours visant au réexamen de l'attribution d'un marché n'est recevable que si l'entrepreneur a dûment informé le pouvoir adjudicateur de l'illégalité invoquée (article 96, paragraphe 1) et si le pouvoir adjudicateur ne l'a pas informé dans les deux semaines de la suppression de cette illégalité.

2. Un recours peut être introduit

- 1) par un entrepreneur ayant un intérêt professionnel à la passation d'un marché public de fournitures, de travaux, de concession de travaux ou de services, ou d'un marché dans le secteur de l'alimentation en eau et en énergie ou dans le secteur des transports et télécommunications, qui invoque un moyen d'annulation visé à l'article 101;
- 2) par un soumissionnaire qui fait valoir que le marché ne lui a pas été attribué, en violation de l'article 48, paragraphe 2, alors qu'il n'existait pas de motifs d'exclusion au sens de l'article 47.

3. Le recours visé au paragraphe 2 doit comporter:

- 1) la dénomination exacte de la procédure de passation de marché concernée et de la décision attaquée;

- 2) la désignation exacte du pouvoir adjudicateur;
- 3) un exposé précis des faits pertinents;
- 4) des indications relatives au préjudice allégué que le demandeur subit ou risque de subir;
- 5) les motifs sur lesquels est fondée l'allégation d'illégalité;
- 6) des conclusions précises en annulation ou modification;
- 7) dans les cas visés au paragraphe 1, la preuve que le pouvoir adjudicateur a été informé, selon une procédure préalable au sens de l'article 96, de l'illégalité invoquée et de l'intention d'introduire un recours, et la mention que le pouvoir adjudicateur n'a pas supprimé cette illégalité dans les délais requis.

4. L'introduction d'un recours n'a pas d'effet suspensif sur la passation du marché en cause.

[...]»

17 En outre, l'article 98 du WLVergG, intitulé «Délais», prévoit:

«Les recours fondés sur les illégalités mentionnées ci-après doivent être portés devant le Vergabekontrollsenat dans les délais suivants.

- 1) En ce qui concerne les candidatures rejetées, au plus tard deux semaines et, dans le cas visé à l'article 52, au plus tard trois jours après la notification du refus.

- 2) En ce qui concerne les dispositions de l'avis public de marché invitant les entrepreneurs à participer à une procédure restreinte ou à une procédure négociée, ou en ce qui concerne les dispositions de l'appel d'offres, au plus tard deux semaines et, dans le cas visé à l'article 52, au plus tard une semaine avant l'expiration du délai de présentation de la candidature ou de l'offre.

- 3) En ce qui concerne l'attribution effective du marché, au plus tard deux semaines après la publication officielle de l'adjudication au Journal officiel des Communautés européennes ou, si la publication n'a pas eu lieu, au plus tard six mois après l'attribution effective.

[...]»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 18 Il ressort de l'ordonnance de renvoi qu'EBS a émis un appel d'offres concernant l'attribution, dans le cadre d'une procédure restreinte, d'un marché de travaux (travaux de terrassement, gros œuvre et travaux spécialisés) en vue de la réalisation du deuxième stade d'épuration biologique de la station centrale d'épuration de Vienne.
- 19 Dans l'appel d'offres, qui a été publié à l'*Amtsblatt der Stadt Wien* du 17 mars 1999, il était mentionné, sous la rubrique «Critères d'attribution du marché», que l'attribution du marché se ferait sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse selon les critères établis dans l'appel d'offres.
- 20 Dans les notes explicatives concernant les demandes de participation, EBS a indiqué les critères retenus pour le classement de ces demandes de la manière suivante:

«Pour le classement des demandes de participation, la capacité technique du candidat, de chaque membre du groupement d'entrepreneurs et des sous-traitants indiqués pour les cinq dernières années est prise en compte.

Les cinq candidats les mieux classés sont invités à présenter une offre.

L'appréciation des dossiers présentés se fait selon une procédure de scorage.

Les réalisations suivantes sont analysées dans l'ordre suivant:

1. stations d'épuration,
2. éléments de construction précontraints,
3. fondations de vaste superficie sur colonnes portantes en graviers,
4. compression par vibration,
5. bétonnage du sol à haute pression.»

²¹ EBS a également précisé aux candidats, dans lesdites notes explicatives, que les références exigées seraient examinées selon une procédure de «scorage» déposée chez un notaire et a effectivement déposé chez un notaire le 9 avril 1999, soit avant la réception de la première demande de participation, les modalités de cette procédure.

- 22 Universale-Bau et le groupement d'entreprises (ci-après, ensemble, les «demandeurs au principal») ont fait connaître leur intérêt à prendre part à la procédure restreinte, sans exercer au préalable de recours contre les conditions ou les termes de l'appel d'offres. Après avoir été informés par EBS, par lettre du 7 juillet 1999, qu'ils ne faisaient pas partie des cinq candidats les mieux classés et ne seraient donc pas invités à soumettre une offre, ils ont contesté la procédure d'adjudication devant le Vergabekontrollsenat.
- 23 Dans le recours qu'elle a formé le 3 août 1999, Universale-Bau a conclu à ce qu'il plaise au Vergabekontrollsenat juger, à titre principal, que la décision du pouvoir adjudicateur de passer le marché selon une procédure restreinte est illégale et nulle; à titre subsidiaire, que la limitation du nombre d'entrepreneurs invités à présenter une offre aux cinq candidats les mieux classés est illégale et nulle; à titre encore plus subsidiaire, que la procédure de «scorage» qui a été suivie ne répond pas aux principes de transparence et de traçabilité et que la décision du pouvoir adjudicateur relative au classement des demandes de participation est donc illégale et nulle; enfin, à titre infiniment subsidiaire, que les demandeurs, aux termes d'une application correcte de la procédure de «scorage», doivent être classés parmi les cinq meilleurs candidats et que le classement opéré par le pouvoir adjudicateur est donc illégal et nul.
- 24 Dans son recours en date du 20 septembre 1999, le groupement d'entreprises a conclu à ce que la décision de ne pas le retenir parmi les cinq candidats les mieux classés soit jugée illégale et, subsidiairement, à ce que la procédure restreinte soit jugée illégale.
- 25 Les demandeurs au principal ont conclu en outre à l'adoption par voie de référé de mesures interdisant à EBS d'attribuer le marché.
- 26 Dans son ordonnance de renvoi, le Vergabekontrollsenat souligne, d'une part, que, en vertu du WLVergG, il est compétent pour statuer sur les recours en

matière de procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services et, d'autre part, que, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de l'Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz de 1991 (code de procédure administrative, BGBl. 1991/51), dans la version du BGBl. I, 1998/158 (ci-après l'«AVG»), il est tenu de vérifier d'office sa compétence. Il ajoute que, selon l'article 6, paragraphe 2, de l'AVG, l'accord des parties ne peut ni fonder ni modifier la compétence de l'autorité administrative et que, par conséquent, le fait qu'EBS a indiqué dans son appel d'offres que le WLVergG était applicable ne saurait suffire à fonder la compétence du Vergabekontrollsenat.

- 27 Dès lors, afin de déterminer s'il est compétent, le Vergabekontrollsenat doit vérifier, tout d'abord, si EBS est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 93/37.
- 28 Le Vergabekontrollsenat rappelle qu'il ressort de l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73, point 21), qu'une entité doit remplir les trois conditions énoncées à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37 pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public au sens de cette disposition.
- 29 Après avoir constaté qu'EBS est dotée de la personnalité juridique et qu'elle est contrôlée majoritairement par la ville de Vienne, c'est-à-dire par une collectivité territoriale, le Vergabekontrollsenat conclut qu'EBS satisfait aux conditions visées aux deuxième et troisième tirets de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37.
- 30 Quant à la condition prévue au premier tiret de cette disposition, le Vergabekontrollsenat souligne qu'il ressort des statuts qui étaient les siens lors de sa constitution qu'EBS assurait, sur une base commerciale, l'exploitation d'installations d'élimination des déchets polluants. Il précise que ces activités n'étaient

pas réservées ou attribuées à la puissance publique et que rien dans lesdits statuts n'indique qu'EBS a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

- 31 Selon les constatations du Vergabekontrollsenat, une modification substantielle s'est produite à partir du moment où EBS s'est vu confier l'exploitation de la station centrale d'épuration de la ville de Vienne. En particulier, EBS a conclu avec la ville de Vienne en 1985 un contrat de jouissance, sur la base duquel elle a commencé à gérer ladite station d'épuration avec le personnel mis à sa disposition par la ville de Vienne. En vertu de deux contrats conclus entre la ville de Vienne et EBS les 8 et 18 juillet 1996, la ville de Vienne s'est engagée à transférer à celle-ci une somme appropriée globale, qui doit permettre de couvrir les frais d'exploitation. Le Vergabekontrollsenat explique à cet égard qu'EBS ne gère pas cette branche de ses activités dans un but lucratif. Il s'agit en fait d'une activité d'intérêt général que la ville de Vienne a déléguée à EBS et qui est gérée de manière à couvrir les frais. Le Vergabekontrollsenat conclut donc que cette activité revêt un caractère autre qu'industriel ou commercial.
- 32 Selon le Vergabekontrollsenat, l'éventualité d'une manœuvre frauduleuse peut être écartée dans la mesure où EBS a été créée dès 1976 en tant qu'établissement d'assainissement alors que le transfert de la gestion de la station centrale d'épuration n'a eu lieu que le 1^{er} janvier 1986. En particulier, il estime que ce décalage dans le temps, ainsi que le fait que la république d'Autriche n'était alors pas membre de l'Union européenne et qu'EBS n'aurait en tout état de cause pas été visée par la directive 71/305, encore en vigueur, qui employait les termes «personnes morales de droit public», indiquent l'absence d'intention frauduleuse.
- 33 Néanmoins, dans la mesure où EBS n'a pas été chargée de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dès sa constitution, mais à la suite de modifications de son champ d'activités intervenues ultérieurement, le Vergabekontrollsenat s'interroge sur le point de savoir si EBS remplit la condition visée au premier tiret de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37.

- 34 Par ailleurs, le Vergabekontrollsenat relève que le point I du contrat conclu entre EBS et la ville de Vienne le 8 juillet 1996 stipule qu'EBS est tenue de procéder à une extension de la station centrale d'épuration et de conclure les contrats nécessaires en son nom propre et à ses frais. Aucune condition spécifique n'est posée en ce qui concerne les modalités d'exécution de cet engagement. Les points II et III du contrat imposent néanmoins à EBS un mode de fonctionnement de cette station qui est spécifié, sans préciser toutefois la configuration concrète de l'ouvrage.
- 35 En outre, il ressort d'une décision du service des bâtiments du 30 décembre 1998 qu'EBS a obtenu le permis de construire sur un terrain dont le propriétaire est la ville de Vienne. Dans une lettre du 8 septembre 1999, EBS a expliqué que la station d'épuration en cause est construite en son nom et pour son compte, écrivant notamment: «La station d'épuration en question sera notre propriété. Le transfert de la station d'épuration en question est prévu dans l'hypothèse où les contrats de jouissance et de gestion que nous avons conclus pour une durée indéterminée avec la ville de Vienne seraient dénoncés. Dans cette hypothèse, la ville de Vienne est notamment tenue de racheter notre station d'épuration. Elle doit nous rembourser la valeur vénale de la station d'épuration».
- 36 Dans ces conditions, le Vergabekontrollsenat se demande si, compte tenu des contrats précités conclus entre EBS et la ville de Vienne qui, en tant que collectivité territoriale, est en tout état de cause un pouvoir adjudicateur, le marché en cause dans l'affaire pendante devant lui est un marché public de travaux au sens des dispositions combinées des points a) et c) de l'article 1^{er} de la directive 93/37.
- 37 Ensuite, pour le cas où il conviendrait qu'il se déclare compétent pour connaître du litige pendant devant lui, le Vergabekontrollsenat s'interroge sur le point de savoir si les dispositions des articles 96 à 98 du WLVergG, en tant qu'elles prévoient que le recours contre une disposition de l'appel d'offres n'est recevable que dans un certain délai, sont compatibles avec la directive 89/665. À cet égard, il explique que, si aucun recours contre une disposition déterminée de l'appel

d'offres n'est introduit, ou si un tel recours est introduit hors délai, il n'est plus possible de contrôler la décision du pouvoir adjudicateur sur le point de savoir si cette disposition de l'appel d'offres enfreint le WLVergG ou la directive 89/665 et que cette question est pertinente dans le cadre du litige dont il est saisi, car EBS invoque expressément le caractère tardif de l'introduction des recours.

- 38 Enfin, le Vergabekontrollsenat souligne que, dans le cadre du litige pendant devant lui, il est également appelé à déterminer si c'est à juste titre que les candidatures des demandeurs au principal n'ont pas été retenues à l'issue de la procédure de «scorage» adoptée par le pouvoir adjudicateur, dont les modalités n'ont été révélées qu'après l'expiration du délai de candidature et l'attribution du marché. Le Vergabekontrollsenat précise qu'il n'est pas exclu que les résultats de cette procédure aient eu une influence déterminante sur la décision du pouvoir adjudicateur.
- 39 Eu égard à l'ensemble 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) Une personne morale qui n'a *pas* été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui satisfait *maintenant* de tels besoins, est-elle considérée comme pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 93/37/CEE?
- 2) Dans l'hypothèse où la société Entsorgungsbetriebe Simmering n'est pas un pouvoir adjudicateur, le projet de réalisation du deuxième stade d'épuration biologique de la station centrale d'épuration de Vienne a-t-il pour objet la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux

besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, et donc un '*marché public de travaux*' au sens des dispositions combinées de l'article 1^{er}, sous a) et c), de la directive 93/37/CEE?

- 3) Si la première ou la deuxième questions appellent une réponse affirmative, la directive 89/665/CEE fait-elle obstacle à une réglementation nationale qui soumet le recours contre une décision donnée du pouvoir adjudicateur à un délai, de sorte que, passé ce délai, cette décision ne peut plus être contestée par la suite au cours de la procédure d'adjudication? Les intéressés lésés doivent-ils faire valoir toute irrégularité, sous peine de forclusion?

- 4) Si la première ou la deuxième questions appellent une réponse affirmative, suffit-il que le pouvoir adjudicateur décide de procéder à l'examen des candidatures selon des modalités d'évaluation déposées chez un notaire, ou doit-il indiquer les critères d'évaluation dès la publication ou dans les documents de l'appel d'offres?»

Sur la première question

- 40 Par sa première question, le Vergabekontrollsenat demande, en substance, si une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a par la suite pris en charge de tels besoins, dont elle assure depuis effectivement la satisfaction, remplit la condition exigée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 93/37 pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public au sens de cette disposition.

Sur la recevabilité

- 41 À titre liminaire, il y a lieu de relever que, ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, le Vergabekontrollsenat souhaite être éclairé sur le point de savoir si une entité telle qu'EBS constitue un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 93/37, afin de déterminer s'il est compétent pour connaître des recours formés par les demandeurs au principal à l'encontre d'une décision émanant de cette société.
- 42 À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause les droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective à ces droits. Sous cette réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire (voir, notamment, arrêts du 18 janvier 1996, SEIM, C-446/93, Rec. p. I-73, point 32, et du 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, point 40).
- 43 Toutefois, la Cour est compétente pour indiquer au juge national les éléments du droit communautaire qui peuvent concourir à la solution du problème de compétence qui se pose à lui (voir, notamment, arrêts SEIM, précité, point 33, et du 22 octobre 1998, IN. CO. GE.'90 e.a., C-10/97 à C-22/97, Rec. p. I-6307, point 15).
- 44 En outre, le fait qu'EBS ait ou non la qualité de pouvoir adjudicateur conditionne les réponses aux troisième et quatrième questions préjudicielles, dont la recevabilité n'est pas discutée.

45 Dès lors, il convient de répondre à la question posée.

Sur le fond

46 Dans le litige au principal, il est constant que, depuis qu'EBS assume l'exploitation de la station centrale d'épuration, en vertu du contrat conclu en 1985 avec la ville de Vienne, cette société satisfait effectivement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Dès lors, sa qualification d'organisme de droit public au sens de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37 dépend de la réponse qu'il y a lieu d'apporter à la question de savoir si la condition visée au premier tiret de cette disposition exclut qu'une entité qui n'a pas été créée aux fins de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a assumé de telles tâches à la suite d'une modification de son champ d'activités intervenue ultérieurement, soit qualifiée de pouvoir adjudicateur.

Observations soumises à la Cour

47 EBS soutient qu'elle ne peut être qualifiée d'organisme de droit public au sens de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37, au motif qu'il ressort du libellé même du premier tiret de cette disposition que le seul élément décisif est la mission qui lui a été confiée à la date de sa création. Elle ajoute que le fait qu'elle a, par la suite, pris en charge des tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ne change rien à son statut puisqu'elle continue à exercer des missions à caractère industriel ou commercial.

- 48 La Commission fait également valoir qu'EBS ne saurait être qualifiée de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 93/37, car la modification des activités de celle-ci ne résulte ni d'une révision en ce sens de son objet social, tel qu'il est défini dans ses statuts, ni d'une obligation légale.
- 49 En revanche, les demandeurs au principal ainsi que les gouvernements autrichien et néerlandais soutiennent qu'il convient de prendre en considération l'activité actuelle d'EBS et non pas l'objectif poursuivi à la date de sa création, et affirment qu'une interprétation différente aurait pour conséquence qu'une entité répondant de facto à la définition de la notion de pouvoir adjudicateur donnée par la directive 93/37 ne serait néanmoins pas tenue, lors de la passation de marchés de travaux, de respecter les prescriptions de cette directive. En outre, ils font valoir que l'interprétation fonctionnelle de la notion de pouvoir adjudicateur est la seule apte à empêcher d'éventuelles manœuvres frauduleuses, puisque, autrement, la directive 93/37 pourrait être aisément contournée par le transfert de tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial non pas à une entité nouvellement créée à cet effet, mais à une entité déjà existante, ayant eu précédemment un autre objet.

Réponse de la Cour

- 50 Il y a lieu de relever que la Cour a déjà eu l'occasion de préciser la portée de la notion d'organisme de droit public figurant à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37, eu égard notamment à la finalité de cette directive.
- 51 La Cour a ainsi constaté que 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 1^{er} février 2001, *Commission/France*, C-237/99, Rec. p. I-939, point 41).

- 52 Elle en a déduit que l'objectif de la directive 93/37 est d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques (voir, notamment, arrêts précités *University of Cambridge*, point 17, et *Commission/France*, point 42).
- 53 La Cour a donc jugé que, à la lumière de ces objectifs, la notion d'organisme de droit public figurant à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37 doit recevoir une interprétation fonctionnelle (voir, notamment, arrêt *Commission/France*, précité, point 43).
- 54 C'est ainsi que, au point 26 de l'arrêt *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, précité, la Cour a constaté, à propos de la qualification d'une entité qui avait été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui exerçait également des activités commerciales, que la condition posée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 93/37 n'implique pas que l'entité concernée soit uniquement chargée de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.
- 55 En particulier, ainsi qu'il ressort du point 25 de l'arrêt *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.*, précité, la Cour a jugé qu'il est indifférent que, outre la mission spécifique consistant à satisfaire de tels besoins d'intérêt général, l'entité

concernée soit libre d'accomplir d'autres activités, mais a en revanche considéré comme étant un élément déterminant le fait que ladite entité continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire.

- 56 Il en résulte que, aux fins de vérifier si une entité remplit la condition énoncée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 93/37, il y a lieu de prendre en considération les activités qu'elle exerce effectivement.
- 57 À cet égard, il convient de souligner que l'effet utile de la directive 93/37 ne serait pas pleinement préservé si l'application du régime de la directive à une entité répondant aux conditions énoncées à son article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, pouvait être exclue du seul fait que les tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial que celle-ci accomplit en pratique ne lui ont pas été confiées dès sa création.
- 58 Ce même souci de garantir l'effet utile de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37 s'oppose également à ce qu'une distinction soit faite selon que les statuts d'une telle entité ont ou non été adaptés afin de refléter les modifications effectives de son champ d'activités.
- 59 En outre, il y a lieu de relever que le libellé de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37 ne contient aucune référence au fondement juridique des activités de l'entité concernée.
- 60 Il convient d'ailleurs de rappeler que, s'agissant de la définition de la notion d'organisme de droit public figurant à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50, qui est formulée de manière identique à celle contenue dans l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37, la Cour a déjà jugé

que l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie objectivement, la forme juridique des dispositions dans lesquelles de tels besoins sont exprimés étant, à cet égard, indifférente (arrêt du 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, point 63).

- 61 Il s'ensuit que le fait que, dans l'affaire au principal, l'extension du champ d'activités d'EBS n'a pas donné lieu à une modification des dispositions de ses statuts relatives à son objet social est sans pertinence.
- 62 En effet, si la prise en charge par EBS de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'a pas été consacrée formellement dans ses statuts, elle est néanmoins prévue dans les contrats qu'EBS a conclus avec la ville de Vienne et est dès lors susceptible d'être constatée objectivement.
- 63 Il convient par conséquent de répondre à la première question qu'une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a par la suite pris en charge de tels besoins, dont elle assure depuis effectivement la satisfaction, remplit la condition exigée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 93/37 pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public au sens de cette disposition, à condition que la prise en charge de la satisfaction de ces besoins puisse être constatée objectivement.

Sur la deuxième question

- 64 Eu égard à la réponse fournie à la première question, il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième question, celle-ci n'ayant été posée à la Cour que dans l'hypothèse d'une réponse négative à la première question.

Sur la troisième question

- 65 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande en substance si la directive 89/665 s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit que tout recours contre une décision du pouvoir adjudicateur doit être formé dans un délai prévu à cet effet et que toute irrégularité de la procédure d'adjudication invoquée à l'appui de ce recours doit être soulevée dans le même délai, sous peine de forclusion, de sorte que, passé ce délai, il n'est plus possible de contester une telle décision ou de soulever une telle irrégularité.

Observations soumises à la Cour

- 66 Les demandeurs au principal soutiennent que les brefs délais impartis pour l'introduction des recours par les articles 97 et 98 du WLVergG ne permettent pas aux personnes intéressées de vérifier les motifs d'une décision négative du pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, d'établir le caractère trompeur des raisons avancées. Aussi serait-il pratiquement exclu qu'un recours motivé ayant quelque chance d'aboutir puisse être introduit dans ces délais.
- 67 Universale-Bau ajoute que les candidats d'autres États membres ne peuvent pas, en règle générale, respecter le délai de deux semaines prévu à l'article 98 du WLVergG, ce qui est contraire aux principes fondamentaux de la politique communautaire dans le secteur des marchés publics, à savoir, d'une part, celui de l'attribution des marchés publics sans discrimination et, d'autre part, celui de l'accès des entreprises à un marché commun aux larges débouchés, renforçant la compétitivité des entreprises européennes.
- 68 En revanche, EBS soutient que la directive 89/665 instaure elle-même une procédure au déroulement rapide et effectif, exigeant des délais brefs après

l'expiration desquels les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir l'assurance de pouvoir poursuivre la procédure de passation des marchés. La nécessité de délais brefs serait précisément apparue dans l'affaire au principal.

- 69 EBS souligne en particulier que rien n'empêchait les demandeurs au principal d'exprimer en temps utile leurs réserves à l'égard de l'appel d'offres, puisqu'elle leur avait indiqué à la fois qu'elle appliquerait une procédure de «scorage» pour sélectionner ceux des candidats qui seraient admis à présenter une offre et qu'elle ne dévoilerait pas le processus décisionnel exact. EBS ajoute que le recours contre sa décision de convier certains des candidats à soumettre une offre devait être tranché dans les plus brefs délais, sinon elle n'aurait pas pu poursuivre la procédure d'attribution du marché. EBS relève enfin qu'un délai de recours de deux semaines pour les actes administratifs reste en général la règle, citant comme exemple l'article 63, paragraphe 5, de l'AVG, qui dispose que toute décision d'une autorité administrative doit être contestée dans un délai de deux semaines.
- 70 Les gouvernements autrichien et néerlandais ainsi que la Commission font valoir en substance que la directive 89/665 laisse aux États membres le soin de régler les modalités spécifiques applicables aux recours contre les procédures de passation des marchés. Ils en déduisent que les États membres disposent d'une marge d'appréciation pour fixer des délais de recours, à la double condition que les objectifs de ladite directive ne soient pas contournés et que les principes fondamentaux du droit communautaire soient respectés. Le gouvernement autrichien souligne en outre que les délais de recours en cause au principal empêchent que la procédure de passation des marchés soit exagérément retardée et réduisent le risque d'un recours abusif à la procédure contentieuse, deux effets conformes aux objectifs de cette directive.

Réponse de la Cour

- 71 Il y a lieu, à titre liminaire, de relever que, si la directive 89/665 a pour objet de garantir l'existence, dans tous les États membres, de moyens de recours efficaces

en cas de violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit, afin de garantir l'application effective des directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics, elle ne comporte cependant aucune disposition ayant trait spécifiquement aux conditions de délai concernant les recours qu'elle vise à instaurer. Il appartient donc à l'ordre juridique interne de chaque État membre de définir ces conditions de délai.

- 72 Néanmoins, dès lors qu'il s'agit de modalités procédurales de recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés par le droit communautaire aux candidats et soumissionnaires lésés par des décisions des pouvoirs adjudicateurs, elles ne doivent pas porter atteinte à l'effet utile de la directive 89/665.
- 73 Il convient donc de vérifier si, au regard de la finalité de cette directive, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal ne porte pas atteinte aux droits conférés aux particuliers par le droit communautaire.
- 74 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, ainsi qu'il résulte de ses premier et deuxième considérants, la directive 89/665 vise à renforcer les mécanismes existant, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer l'application effective des directives en matière de passation des marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. À cet effet, l'article 1^{er}, paragraphe 1, de ladite directive impose aux États membres l'obligation de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible.
- 75 Or, la réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 serait compromise s'il était loisible aux candidats et soumissionnaires d'invoquer à tout moment de la procédure d'adjudication des infractions aux règles de passation des marchés, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions.

- 76 En outre, il y a lieu de considérer que la fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion satisfait, en principe, à l'exigence d'effectivité découlant de la directive 89/665, dans la mesure où elle constitue une application du principe fondamental de sécurité juridique (voir, par analogie, s'agissant du principe d'effectivité du droit communautaire, arrêts du 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, Rec. p. I-4025, point 28, et du 16 mai 2000, *Preston e.a.*, C-78/98, Rec. p. I-3201, point 33).
- 77 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de constater, d'une part, que des conditions de délai telles que celles en cause au principal apparaissent raisonnables au regard tant des objectifs de la directive 89/665, tels qu'ils ont été décrits au point 74 du présent arrêt, que du principe de sécurité juridique.
- 78 D'autre part, il ne fait pas de doute que des sanctions telles que la forclusion sont de nature à garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs, dès qu'elles sont connues des intéressés, sont aussitôt que possible dénoncées et corrigées, également en conformité tant avec les objectifs poursuivis par la directive 89/665 qu'avec le principe de sécurité juridique.
- 79 Il convient par conséquent de répondre à la troisième question que la directive 89/665 ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit que tout recours contre une décision du pouvoir adjudicateur doit être formé dans un délai prévu à cet effet et que toute irrégularité de la procédure d'adjudication invoquée à l'appui de ce recours doit être soulevée dans le même délai, sous peine de forclusion, de sorte que, passé ce délai, il n'est plus possible de contester une telle décision ou de soulever une telle irrégularité, pour autant que le délai en question soit raisonnable.

Sur la quatrième question

- 80 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande si la directive 93/37 s'oppose à ce que, dans le cadre d'une procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur sélectionne ceux des candidats qui seront invités à présenter une offre selon des modalités d'évaluation qui n'ont pas été indiquées dans l'avis de marché ou dans les documents de l'appel d'offres, quand bien même des documents précisant ces modalités ont été déposés auprès d'un notaire.

Observations soumises à la Cour

- 81 Les demandeurs au principal font valoir que la procédure suivie par EBS, ayant consisté à ne révéler aux candidats ni les modalités de la procédure de «scorage» annoncée ni l'importance attribuée aux différents critères de classement des demandes de participation, est incompatible avec les principes de transparence et d'objectivité. Ils ajoutent que l'importance respective des différents critères de classement doit, en tout état de cause, ressortir de l'avis de marché, afin d'exclure tout arbitraire dans la décision du pouvoir adjudicateur et de permettre aux candidats de contrôler la légalité de celle-ci et de faire usage de leur droit de recours.
- 82 En revanche, EBS et le gouvernement autrichien soutiennent qu'une procédure telle que le dépôt de documents précisant les modalités d'évaluation des candidatures auprès d'un notaire fournit suffisamment de garanties du respect des principes de non-discrimination et d'objectivité. Ils estiment que, s'il ressort de ces principes que le pouvoir adjudicateur doit fixer au préalable la procédure qu'il retient pour choisir les candidats et que ce mode de sélection ne peut plus être modifié par la suite, ils n'imposent pas pour autant aux pouvoirs adjudicateurs de divulguer les modalités précises d'évaluation des candidatures.

- 83 EBS souligne que, dans l'affaire au principal, elle a indiqué les principaux critères de classement des demandes de participation dans l'ordre de leur importance, et que c'était précisément pour favoriser une concurrence loyale et égale qu'elle n'a pas fait connaître à l'avance aux candidats les modalités précises d'évaluation des candidatures. EBS aurait en effet recherché les cinq entreprises de construction objectivement les meilleures pour le marché de travaux en cause, et non pas des entreprises qui adaptent leur offre aux conceptions du pouvoir adjudicateur qui transparaissent habituellement dans le choix des modalités d'évaluation.

Réponse de la Cour

- 84 À titre liminaire, il convient de souligner que, dans l'affaire au principal, il est constant qu'EBS a arrêté dès l'origine la valeur qui serait attribuée à chacun des critères de sélection dont elle prévoyait l'utilisation, mais n'a fourni aucune indication à ce sujet dans l'appel d'offres, se contentant de déposer les documents relatifs à la procédure de «scorage» auprès d'un notaire.
- 85 Il apparaît ainsi que, dans cette affaire, la juridiction de renvoi ne cherche pas à savoir si un pouvoir adjudicateur est tenu, en vertu du droit communautaire, de fixer dès avant l'avis de marché les règles de pondération des critères de sélection dont il prévoit l'utilisation, mais qu'elle interroge la Cour uniquement sur le respect des exigences de publicité découlant de la directive 93/37 dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur a fixé au préalable de telles règles.
- 86 Il convient dès lors de comprendre la quatrième question comme tendant à savoir si la directive 93/37 doit être interprétée en ce sens que, si, dans le cadre d'une

procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur a fixé au préalable des règles de pondération des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre, il est tenu de les indiquer dans l'avis de marché ou les documents de l'appel d'offres.

- 87 Afin de répondre à la question ainsi reformulée, il y a lieu de relever d'emblée que la directive 93/37 ne contient aucune disposition spécifique relative aux exigences de publicité préalable en ce qui concerne les critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre dans le cadre d'une procédure restreinte.
- 88 En effet, il ressort de l'intitulé et du deuxième considérant de la directive 93/37 que celle-ci a simplement pour objet la coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux, si bien qu'elle ne prévoit pas un régime complet de règles communautaires en la matière (voir, notamment, arrêt du 27 novembre 2001, Lombardini et Mantovani, C-285/99 et C-286/99, Rec. p. I-9233, point 33).
- 89 La directive 93/37 vise néanmoins, ainsi qu'il résulte de son préambule et de ses deuxième et dixième considérants, à éliminer les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services en matière de marchés publics de travaux en vue d'ouvrir ces marchés à une concurrence effective entre les entrepreneurs des États membres (voir, notamment, arrêt Lombardini et Mantovani, précité, point 34).
- 90 Or, comme la Cour l'a déjà souligné à propos de la directive 71/305, qui, ainsi qu'il a été relevé au point 6 du présent arrêt, a été codifiée par la directive 93/37, en vue de satisfaire à cet objectif, les critères et conditions qui régissent chaque marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs (arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, point 21).

- 91 En effet, 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, notamment, arrêts du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 61, et du 18 juin 2002, *HI*, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 45).
- 92 Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (voir arrêt *Telaustria et Telefonadress*, précité, point 62).
- 93 Il en résulte que la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres (voir en ce sens, s'agissant du stade de la comparaison des offres, arrêt du 25 avril 1996, *Commission/Belgique*, C-87/94, Rec. p. I-2043, point 54).
- 94 C'est dans cette perspective que, conformément à ses dixième et onzième considérants, la directive 93/37 impose des exigences de publicité en ce qui concerne tant les critères de sélection des candidats que ceux d'attribution du marché.
- 95 Ainsi, s'agissant, d'une part, des critères de sélection, l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/37, qui concerne la procédure négociée, exige que les candidats soient sélectionnés selon des critères qualitatifs connus.

- 96 S'agissant, d'autre part, des critères d'attribution, l'article 13, paragraphe 2, sous e), de la même directive, relatif à la fois aux procédures négociée et restreinte, prévoit qu'ils font partie des indications minimales devant être mentionnées dans la lettre d'invitation à présenter une offre, s'ils ne figurent pas déjà dans l'avis de marché.
- 97 De même, pour tous les types de procédure, lorsque l'attribution du marché se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'article 30, paragraphe 2, de la directive 93/37, applicable tant à la procédure ouverte qu'aux procédures restreinte et négociée, impose au pouvoir adjudicateur l'obligation de mentionner dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée. Il ressort ainsi de cet article que, lorsque le pouvoir adjudicateur a procédé à un classement par ordre d'importance des critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, il ne peut se borner à une simple mention de ceux-ci dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, mais doit en outre communiquer aux soumissionnaires le classement qu'il a retenu.
- 98 En effet, ainsi que la Cour l'a souligné à propos de la disposition de l'article 27, paragraphe 2, de la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 297, p. 1), qui est libellée en des termes substantiellement identiques à ceux de l'article 30, paragraphe 2, de la directive 93/37, l'obligation ainsi imposée aux pouvoirs adjudicateurs vise précisément à faire connaître à tous les soumissionnaires potentiels, avant la préparation de leurs offres, les critères d'attribution auxquels lesdites offres doivent répondre ainsi que l'importance relative de ces critères, garantissant de cette manière le respect des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence (voir arrêt Commission/Belgique, précité, points 88 et 89).
- 99 Il apparaît dès lors que l'interprétation selon laquelle, lorsque, dans le cadre d'une procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur a fixé dès avant la publication de

l'avis de marché les règles de pondération des critères de sélection dont il prévoit l'utilisation, il est tenu de les porter au préalable à la connaissance des candidats, est la seule qui soit conforme à l'objectif de la directive 93/37, tel qu'il a été précisé aux points 89 à 92 du présent arrêt, dès lors qu'elle est la seule qui soit apte à garantir un niveau adéquat de transparence et, partant, le respect du principe d'égalité de traitement dans les procédures d'adjudication des marchés auxquels cette directive s'applique.

- 100 Par conséquent, il y a lieu de répondre à la quatrième question que la directive 93/37 doit être interprétée en ce sens que, si, dans le cadre d'une procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur a fixé au préalable des règles de pondération des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre, il est tenu de les indiquer dans l'avis de marché ou dans les documents de l'appel d'offres.

Sur les dépens

- 101 Les frais exposés par les gouvernements autrichien et néerlandais, ainsi que 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 12 novembre 1999, dit pour droit:

- 1) Une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a par la suite pris en charge de tels besoins, dont elle assure depuis effectivement la satisfaction, remplit la condition exigée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public au sens de cette disposition, à condition que la prise en charge de la satisfaction de ces besoins puisse être constatée objectivement.

- 2) 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, ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit que tout recours contre une décision

du pouvoir adjudicateur doit être formé dans un délai prévu à cet effet et que toute irrégularité de la procédure d'adjudication invoquée à l'appui de ce recours doit être soulevée dans le même délai, sous peine de forclusion, de sorte que, passé ce délai, il n'est plus possible de contester une telle décision ou de soulever une telle irrégularité, pour autant que le délai en question soit raisonnable.

- 3) La directive 93/37 doit être interprétée en ce sens que, si, dans le cadre d'une procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur a fixé au préalable des règles de pondération des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre, il est tenu de les indiquer dans l'avis de marché ou dans les documents de l'appel d'offres.

Puissochet

Schintgen

Gulmann

Skouris

Macken

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 12 décembre 2002.

Le greffier

Le président de la sixième chambre

R. Grass

J.-P. Puissochet