

ARRÊT DE LA COUR (première chambre)  
11 janvier 2005 (1)

«Directive 92/50/CEE – Marchés publics de services – Attribution sans appel d'offres public – Attribution du marché à une entreprise d'économie mixte – Protection juridictionnelle – Directive 89/665/CEE»

Dans l'affaire C-26/03,  
ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par l'Oberlandesgericht Naumburg (Allemagne), par décision du 8 janvier 2003, parvenue à la Cour le 23 janvier 2003, dans la procédure

**Stadt Halle,**  
**RPL Recyclingpark Lochau GmbH**  
**Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und**  
**Energieverwertungsanlage TREA Leuna,**

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, MM. J. N. Cunha Rodrigues,  
E. Juhász (rapporteur), M. Ilešič et E. Levits, juges,  
avocat général: M<sup>me</sup> C. Stix-Hackl,  
greffier: M. R. Grass,  
vu la procédure écrite,  
considérant les observations présentées:

- pour la Stadt Halle, par M<sup>e</sup> U. Jasper, Rechtsanwältin,
- pour l'Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, par M<sup>e</sup> K. Heuvels, Rechtsanwalt,
- pour le gouvernement français, par MM. G. de Bergues et D. Petrusch, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement finlandais, par M<sup>me</sup> T. Pynnä, en qualité d'agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. K. Wiedner, en qualité d'agent,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 23 septembre 2004,

rend le présent

**Arrêt**

1

La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (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), elle-même modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997 (JO L 328, p. 1, ci-après la «directive 89/665»). La demande de décision préjudicielle porte aussi sur l'interprétation des articles 1<sup>er</sup>, point 2, et 13, paragraphe 1, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), telle que modifiée par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 (JO L 101, p. 1, ci-après la «directive 93/38»).

2

Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la Stadt Halle (ville de Halle) (Allemagne) et la société RPL Recyclingpark Lochau GmbH (ci-après «RPL Lochau») à la société Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (ci-après «TREA Leuna») au sujet de la régularité, au regard des règles communautaires, de l'attribution sans procédure d'appel d'offres public d'un marché de services concernant le traitement des déchets par la Stadt Halle à RPL Lochau, dont une fraction majoritaire du capital est détenue par la Stadt Halle et une fraction minoritaire par une société privée.

### **Le cadre juridique**

#### *La réglementation communautaire*

3

Selon l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive 92/50, telle que modifiée par la directive 97/52 (ci-après la «directive 92/50»), les «marchés publics de services» sont «des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur». Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), de la même directive, sont considérés comme «pouvoirs adjudicateurs», «l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public». Enfin, l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de cette directive définit comme «prestataire de services» «toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services».

4

En vertu de l'article 8 de la directive 92/50, «les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI». Ces dispositions comportent en substance des règles en matière de mise en concurrence et de publicité. L'article 11, paragraphe 1, de la même directive dispose que, pour passer leurs marchés publics de services, «les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures définies à l'article 1<sup>er</sup> points d), e) et f), adaptées aux fins de la présente directive». Les procédures auxquelles se réfère cette disposition sont, respectivement, les «procédures ouvertes», les «procédures restreintes» et les «procédures négociées».

5

La catégorie n° 16 de l'annexe I A de ladite directive désigne les «[s]ervices de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues».

6

L'article 7, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 prévoit que la directive s'applique aux marchés publics de services lorsque la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée «égale ou dépasse 200 000 écus».

7

Il ressort des deuxième et troisième considérants de la directive 89/665 que sa finalité est d'assurer l'application des règles communautaires en matière de marchés publics par des moyens de recours efficaces et rapides, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées, eu égard à la considération que l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire nécessite un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination.

8

À cette fin, l'article 1<sup>er</sup>, 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 [...], les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

3. 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 [...] 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.»

9

Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665:

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

a)

de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;

b)

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

c)

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

[...]»

10

Selon l'article 1<sup>er</sup> de la directive 93/38:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

2)

'entreprise publique': toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence

dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:

-  
détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise  
ou

-  
disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise  
ou

-  
peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise;

3)  
'entreprise liée': [...] toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, au sens du point 2 du présent article [...].  
[...]»

11

L'article 13 de la directive 93/38 prévoit:

«1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés de services:

a) qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée;

[...]

pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée.

[...]»

*La réglementation nationale*

12

Il ressort de la décision de renvoi que les recours en matière de marchés publics sont régis en droit allemand par le Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions de concurrence). Conformément à l'article 102 de cette loi, «la passation de marché public» peut faire l'objet d'un recours. Le soumissionnaire ou candidat a un droit subjectif au respect des «dispositions régissant la procédure de passation de marché», qui lui permet de faire valoir à l'encontre du pouvoir adjudicateur les droits que lui confère l'article 97, paragraphe 7, de cette même loi «relatifs à l'exécution ou à l'omission d'un acte dans le cadre d'une procédure de passation de marchés [...]».

13

La décision de renvoi précise que, sur la base de ces dispositions, conformément à une opinion suivie par une partie de la jurisprudence et de la doctrine en Allemagne, l'introduction d'un recours en matière de passation de marché n'est possible que si le demandeur vise à contraindre le pouvoir adjudicateur à se comporter d'une certaine façon dans le cadre d'une procédure formelle de passation de marché en cours, ce qui signifie que l'introduction d'un recours est impossible si le pouvoir adjudicateur a décidé de ne pas lancer d'appel d'offres public et de ne pas engager formellement une procédure de passation de marché. Toutefois, cette opinion est contestée par une autre partie de la jurisprudence et de la doctrine.

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

14

Il ressort de la décision de renvoi que la Stadt Halle a, par délibération du conseil communal du 12 décembre 2001, attribué à RPL Lochau l'élaboration d'un projet visant au traitement préalable, à la valorisation et à l'élimination de ses déchets, sans avoir engagé formellement une procédure de passation de marché. Dans le même temps, la Stadt Halle a décidé, également sans faire appel à la concurrence, d'engager des négociations avec RPL Lochau en vue de la conclusion

avec cette société d'un contrat relatif à l'évacuation des déchets urbains résiduels à partir du 1<sup>er</sup> juin 2005. Ladite société serait l'investisseur pour la construction de l'installation thermique d'élimination et de valorisation des déchets.

15

RPL Lochau est une société à responsabilité limitée créée en 1996. Son capital est détenu, d'une part, à hauteur de 75,1 % par Stadtwerke Halle GmbH, dont l'unique actionnaire, la Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, appartient à 100 % à la Stadt Halle, et, d'autre part, à hauteur de 24,9 % par une société privée à responsabilité limitée. La juridiction de renvoi qualifie RPL Lochau de «société de participation du secteur public» et relève que la répartition du capital de cette société n'a été convenue dans le cadre d'un contrat de société qu'à la fin de l'année 2001, lorsqu'il a été envisagé l'attribution de la réalisation du projet en cause.

16

La juridiction de renvoi fait également observer que RPL Lochau a pour objet l'exploitation d'installations de recyclage et d'évacuation des déchets. Les résolutions de l'assemblée générale des associés seraient adoptées soit à la majorité simple soit à la majorité de 75 % des votes. La direction commerciale et technique de cette société serait actuellement confiée à une entreprise tierce et la Stadt Halle serait notamment habilitée à procéder à la vérification des comptes.

17

Ayant eu connaissance de l'attribution du marché en dehors du cadre de la procédure prévue par les règles communautaires en matière de marchés publics, TREA Leuna, qui était également intéressée par la prestation desdits services, s'est opposée à la décision de la Stadt Halle et a saisi la chambre des marchés publics du Regierungspräsidium Halle d'un recours visant à obliger la Stadt Halle à procéder à un appel d'offres public.

18

La Stadt Halle a fait valoir pour sa défense que, conformément à la réglementation nationale visée aux points 12 et 13 du présent arrêt, le recours n'était pas recevable du fait que, en tant que pouvoir adjudicateur, elle n'a pas engagé formellement une procédure de passation de marché. Par ailleurs, RPL Lochau serait plutôt une émanation de la Stadt Halle, dès lors qu'elle est contrôlée par celle-ci. Il s'agirait donc d'une «opération interne», pour laquelle les règles communautaires en matière de marchés publics ne s'appliqueraient pas.

19

L'instance saisie a fait droit à la demande de TREA Leuna, considérant que, même en l'absence de procédure de passation de marché, les décisions du pouvoir adjudicateur devaient pouvoir faire l'objet d'un recours. Elle a également estimé que, en l'occurrence, il ne pouvait pas être question d'«opération interne», du fait que la participation minoritaire privée dépassait le seuil de 10 % à partir duquel, conformément à la réglementation allemande sur les sociétés à responsabilité limitée, on est en présence d'une minorité qui dispose de certains droits déterminés. Par ailleurs, elle a estimé que l'activité que RPL Lochau réalisait pour la Stadt Halle permettrait d'escompter, avec une certitude suffisante, une utilisation de ses capacités uniquement à concurrence de 61,25 % pour celle-ci, de sorte que, afin de trouver des débouchés pour le reste de ses capacités, l'entreprise était obligée d'obtenir des commandes sur le marché sur lequel elle opère.

20

Saisi de l'appel interjeté par la Stadt Halle, l'Oberlandesgericht Naumburg a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1)

a)

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive [89/665] impose-t-il aux États membres d'assurer une possibilité de recours efficaces et aussi rapides que possible contre

la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas attribuer un marché public dans le cadre d'une procédure adaptée aux dispositions des directives concernant la passation des marchés publics?

b)

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive [89/665] impose-t-il également aux États membres d'assurer une possibilité de recours efficaces et aussi rapides que possible contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs en amont d'une mise en concurrence formelle, notamment contre la décision sur les questions préalables visant à savoir si une opération d'acquisition déterminée relève, d'une manière générale, du champ d'application personnel ou matériel des directives concernant la passation des marchés publics ou si, à titre exceptionnel, on se trouve en présence d'une exclusion du droit de la passation des marchés?

c)

En cas de réponse affirmative à la [première] question [sous a)] et de réponse négative à la [première] question [sous b)]:

Un État membre satisfait-il à son obligation d'assurer une possibilité de recours efficaces et aussi rapides que possible contre la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas attribuer un marché public dans le cadre d'une procédure adaptée aux dispositions des directives concernant la passation des marchés publics lorsque l'accès à la procédure de recours est subordonné au fait que l'opération d'acquisition ait atteint un stade formel déterminé, par exemple à l'ouverture de négociations contractuelles verbales ou écrites avec un tiers?

2)

a)

Dans l'hypothèse où, d'une part, un pouvoir adjudicateur, tel qu'une collectivité territoriale, a l'intention de conclure avec une entité formellement distincte de lui – ci-après le 'cocontractant' – un contrat écrit à titre onéreux portant sur des services, qui relèverait de la directive [92/50], et où, d'autre part, ce contrat ne constitue exceptionnellement pas un marché public de services au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive [92/50] dès lors que le cocontractant peut être considéré comme relevant de l'administration publique ou des services du pouvoir adjudicateur – ci-après une 'opération propre dispensée de passation de marché' –, la qualification d'un tel contrat comme opération propre dispensée de passation de marché est-elle toujours exclue du seul fait qu'une entreprise privée détient une participation dans le cocontractant au regard du droit des sociétés?

b)

En cas de réponse négative à la [seconde] question [sous a)]:

Sous quelles conditions un cocontractant dans lequel une personne privée détient une participation au regard du droit des sociétés – ci-après une 'société de participation du secteur public' – doit-il être considéré comme relevant de l'administration publique ou des services du pouvoir adjudicateur?

En particulier:

–

Pour qu'une société de participation du secteur public soit considérée comme relevant des services du pouvoir adjudicateur sous l'aspect de l'aménagement et de l'intensité du contrôle, suffit-il que cette société soit 'dominée' par le pouvoir adjudicateur, par exemple au sens des articles 1<sup>er</sup>, point 2, et 13, paragraphe 1, de la directive 93/38 [...], modifiée par l'acte [relatif aux conditions d'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (JO 1994, C 241, p. 21, et JO 1995, L 1, p. 1)], ainsi que par la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil [du 16 février 1998, modifiant la directive 93/38 (JO L 101, p. 1)]?

–

Toute possibilité juridique de prise d'influence de l'associé privé de la société de participation du secteur public sur les objectifs stratégiques du cocontractant et/ou sur les décisions particulières prises dans le cadre de la gestion de l'entreprise exclut-elle que celle-ci soit considérée comme relevant des services du pouvoir adjudicateur?

-

Pour qu'une société de participation du secteur public soit considérée comme relevant des services du pouvoir adjudicateur sous l'aspect de l'aménagement et de l'intensité du contrôle, un large pouvoir de direction portant uniquement sur les décisions visant à la conclusion du contrat et à la fourniture de la prestation en ce qui concerne l'opération d'acquisition en cause est-il suffisant?

-

Pour qu'une société de participation du secteur public soit considérée comme relevant des services du pouvoir adjudicateur sous l'aspect de la réalisation de l'essentiel de son activité avec celui-ci, suffit-il qu'au moins 80 % du chiffre d'affaires moyen atteint par cette entreprise dans la Communauté au cours des trois dernières années dans le secteur des services proviennent de la fourniture de ces services au pouvoir adjudicateur ou aux entreprises liées à celui-ci ou relevant de lui ou que – dans la mesure où l'entreprise d'économie mixte n'a pas encore accompli trois années d'activité – les prévisions permettent d'escompter que ce seuil de 80 % sera atteint?»

### **Sur les questions préjudicielles**

21

Aux fins de donner une réponse utile et cohérente à la juridiction de renvoi, il convient de distinguer et d'examiner les questions posées en deux groupes, suivant leur contenu et leur objet.

*Sur la première question, sous a), b) et c)*

22

Par cette première série de questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que l'obligation des États membres d'assurer la possibilité de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs s'étend également aux décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle, notamment à la décision visant à savoir si un marché déterminé relève du champ d'application personnel ou matériel de la directive 92/50, et à partir de quel moment dans le cadre d'une opération d'acquisition les États membres sont tenus d'ouvrir à un soumissionnaire, à un candidat, ou à un intéressé, l'accès à une procédure de recours.

23

À cet égard, il convient de relever tout d'abord que la directive 92/50 a été adoptée, selon ses premier et deuxième considérants, dans le cadre des mesures nécessaires pour la réalisation du marché intérieur, à savoir d'un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée. Il ressort des quatrième et cinquième considérants de la même directive que l'objectif de celle-ci étant la réalisation de l'ouverture des marchés publics dans le domaine des services, dans des conditions de traitement égal et de transparence, la directive doit être appliquée par tous les pouvoirs adjudicateurs.

24

Il y a lieu de souligner ensuite que les dispositions de la directive 92/50 font apparaître clairement les conditions qui rendent obligatoire l'application des règles figurant aux titres III à VI de celle-ci par tous les pouvoirs adjudicateurs, les exceptions à l'application de ces règles étant limitativement énumérées dans la directive elle-même.

25

Par conséquent, lorsque ces conditions sont remplies, en d'autres termes lorsqu'une transaction tombe dans le champ d'application personnel et matériel de la directive 92/50, les marchés publics en cause doivent, en vertu de l'article 8 de cette directive, lu en combinaison avec l'article 11, paragraphe 1, de la même directive, être passés conformément aux dispositions des titres III à VI de celle-ci, à savoir être soumis à un appel d'offres et faire l'objet d'une publicité adéquate.

26

Cette obligation lie les pouvoirs adjudicateurs sans distinction entre les marchés publics passés par ceux-ci pour accomplir leur mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et ceux qui n'ont pas de rapport avec cette mission (voir, en ce sens, arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Rec. p. I-73, point 32).

27

Afin de répondre à la juridiction de renvoi, il convient d'examiner la notion de «décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs», figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665. Cette notion n'étant pas expressément définie dans cette directive, il convient d'en délimiter la portée sur la base du libellé des dispositions pertinentes de celle-ci et en fonction de l'objectif de protection juridictionnelle efficace et rapide qu'elle poursuit.

28

Le libellé de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 suppose, par l'emploi des termes «en ce qui concerne les procédures», que toute décision d'un pouvoir adjudicateur qui relève des règles communautaires en matière de marchés publics et qui est susceptible de les enfreindre soit soumise au contrôle juridictionnel prévu à l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de cette directive (voir, en ce sens, arrêts du 18 juin 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, point 37, et du 23 janvier 2003, Makedoniko Metro et Michaniki, C-57/01, Rec. p. I-1091, point 68). Il se réfère donc de manière générale aux décisions d'un pouvoir adjudicateur sans faire de distinction entre ces décisions en fonction de leur contenu ou du moment de leur adoption.

29

L'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 prévoit par ailleurs la possibilité d'annulation des décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs en rapport avec les spécifications techniques et autres figurant non seulement dans les documents de l'appel à la concurrence, mais aussi dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause. Par conséquent, cette disposition peut inclure des documents contenant des décisions prises à une phase située en amont de l'appel à la concurrence.

30

Cette acception large de la notion de décision d'un pouvoir adjudicateur est confirmée par la jurisprudence de la Cour. Cette dernière a déjà jugé que la disposition de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu des décisions y visées (arrêt du 28 octobre 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Rec. p. I-7671, point 35). Une telle restriction ne saurait davantage être déduite du libellé de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de ladite directive (voir, en ce sens, arrêt Alcatel Austria e.a., précité, point 32). Par ailleurs, une interprétation restrictive de la notion de décision susceptible de recours serait incompatible avec la disposition de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la même directive, qui impose aux États membres de prévoir des procédures de référé à l'égard de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs (arrêt HI, précité, point 49).

31

Dans cet esprit d'interprétation large de la notion de décision susceptible de recours, la Cour a jugé que la décision du pouvoir adjudicateur, précédant la conclusion du contrat, par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire auquel sera attribué le marché, doit être dans tous les cas susceptible de recours,

indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu (arrêt Alcatel Austria e.a., précité, point 43).

32

En se référant à l'objectif de suppression des entraves à la libre circulation des services poursuivi par la directive 92/50, ainsi qu'aux objectifs, à la lettre et à l'économie de la directive 89/665, la Cour a également jugé que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public de services doit pouvoir faire l'objet d'une procédure de recours, conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 (voir, en ce sens, arrêt HI, précité, point 55).

33

À cet égard, comme M<sup>me</sup> l'avocat général l'a relevé au point 23 de ses conclusions, la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas engager de procédure de passation de marché peut être considérée comme le pendant de sa décision de mettre fin à une telle procédure. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide de ne pas engager de procédure de passation au motif que le marché en cause ne relève pas, à son avis, du champ d'application des règles communautaires pertinentes, une telle décision constitue la toute première décision susceptible de contrôle juridictionnel.

34

Eu égard à cette jurisprudence, ainsi qu'aux objectifs, à l'économie et à la lettre de la directive 89/665, et afin de préserver l'effet utile de cette dernière, il convient de conclure que constitue une décision susceptible de recours, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665, tout acte d'un pouvoir adjudicateur, adopté en rapport avec un marché public de services relevant du champ d'application matériel de la directive 92/50 et susceptible d'avoir des effets juridiques, indépendamment de la question de savoir si cet acte est adopté en dehors d'une procédure formelle de passation de marché ou dans le cadre de celle-ci.

35

Ne sont pas susceptibles de recours les agissements qui constituent une simple étude préliminaire du marché ou qui sont purement préparatoires et s'insèrent dans le cadre de la réflexion interne du pouvoir adjudicateur en vue de la passation d'un marché public.

36

Sur la base de ces considérations, il convient de ne pas retenir l'approche de la Stadt Halle suivant laquelle la directive 89/665 n'exige pas de protection juridictionnelle en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et que la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas engager une telle procédure ne peut pas faire l'objet d'un recours, ni d'ailleurs la décision tendant à savoir si un marché public relève du champ d'application des règles communautaires pertinentes.

37

Cette approche aurait en effet comme résultat de rendre facultative, au gré de chaque pouvoir adjudicateur, l'application des règles communautaires pertinentes, alors que cette application est pourtant contraignante lorsque les conditions y prévues sont remplies. Une telle faculté pourrait conduire à la violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics de la part d'un pouvoir adjudicateur. Elle diminuerait sensiblement la protection juridictionnelle efficace et rapide voulue par la directive 89/665 et porterait atteinte aux objectifs poursuivis par la directive 92/50, à savoir les objectifs de libre circulation des services et de concurrence ouverte et non faussée en cette matière dans tous les États membres.

38

Pour ce qui est du moment à partir duquel une possibilité de recours est ouverte, il convient de relever qu'un tel moment n'est pas formellement prévu par la directive 89/665. Toutefois, eu égard à l'objectif de protection juridictionnelle efficace et rapide, notamment par des mesures provisoires, que poursuit cette

directive, il faut conclure que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de celle-ci n'autorise pas les États membres à subordonner la possibilité de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé.

39

Sur la base de la considération selon laquelle, conformément au deuxième considérant de ladite directive, le respect des règles communautaires doit être assuré en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées, il y a lieu de conclure qu'est susceptible de recours la manifestation de la volonté du pouvoir adjudicateur en rapport avec un marché, qui parvient d'une manière quelconque à la connaissance des personnes intéressées, dès lors que cette manifestation a dépassé le stade visé au point 35 du présent arrêt et est susceptible de comporter des effets juridiques. L'engagement de négociations contractuelles concrètes avec un intéressé constitue une telle manifestation de volonté. Il convient de relever à cet égard l'obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur afin de permettre de vérifier le respect des règles communautaires (arrêt HI, précité, point 45).

40

Quant aux personnes auxquelles est ouverte une procédure de recours, il suffit de constater que, aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665, les États membres doivent assurer l'accès aux procédures de recours au moins 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 (voir, en ce sens, arrêt du 24 juin 2004, Commission/Autriche, C-212/02, non publié au Recueil, point 24). La qualité formelle de soumissionnaire ou de candidat n'est donc pas requise.

41

À la suite des développements qui précèdent, il convient de répondre à la première question, sous a), b) et c), que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que l'obligation des États membres d'assurer la possibilité de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs s'étend également aux décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle, notamment à la décision sur la question de savoir si un marché déterminé relève du champ d'application personnel et matériel de la directive 92/50. Cette possibilité de recours est ouverte à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché en question et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée, du moment où est manifestée la volonté du pouvoir adjudicateur susceptible de comporter des effets juridiques. Dès lors, les États membres ne sont pas autorisés à subordonner la possibilité de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé.

*Sur la seconde question, sous a) et b)*

42

Par cette seconde série de questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande en substance si, dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure, avec une société de droit privé juridiquement distincte de celui-ci dans le capital de laquelle il détient une participation majoritaire et sur laquelle il exerce un certain contrôle, un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50, il est toujours tenu d'appliquer les procédures d'appel d'offres public prévues par cette directive du seul fait qu'une entreprise privée détient une participation, même minoritaire, dans le capital de cette société cocontractante. En cas de réponse négative à cette question, la juridiction de renvoi demande sur la base de quels critères il y a lieu de considérer que le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à une telle obligation.

43

Cette question a trait à la situation particulière d'une société dite «d'économie mixte», établie et fonctionnant conformément aux règles du droit privé, au regard

de l'obligation d'un pouvoir adjudicateur d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics, lorsque les conditions y prévues sont remplies.

44

À cet égard, il convient de rappeler en premier lieu l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, tel que relevé dans le cadre de la réponse à la première question, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. Ceci implique l'obligation de tout pouvoir adjudicateur d'appliquer les règles communautaires pertinentes, lorsque les conditions y prévues sont remplies.

45

L'obligation d'application, dans un tel cas, des règles communautaires est confirmée par le fait que, à l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive 92/50, la notion de prestataire de services, à savoir de soumissionnaire aux fins de l'application de cette directive, inclut également «un organisme public, qui offre des services» (voir arrêt du 7 décembre 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, point 28).

46

Toute exception à l'application de cette obligation est par conséquent d'interprétation stricte. Ainsi, la Cour a jugé, à propos du recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, que l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50, qui prévoit une telle procédure, en tant que dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des marchés publics de services, doit faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement (arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 58).

47

Dans l'esprit d'une ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible, voulue par les règles communautaires, la Cour a jugé, à propos de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), que cette directive est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure, avec une entité juridiquement distincte, un contrat à titre onéreux, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non (arrêt du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, points 50 et 51). Il est pertinent de constater que le cocontractant dans cette affaire était un groupement constitué par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, auquel participait également le pouvoir adjudicateur en cause.

48

Une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics.

49

Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise

privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

50

Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente.

51

En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents.

52

Dès lors, il convient de répondre à la seconde question, sous a) et b), que, dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50 avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées.

53

Eu égard à cette réponse, il n'y a pas lieu de répondre aux autres questions de la juridiction nationale.

#### **Sur les dépens**

54

La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit:

**1)**

**L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, elle-même modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, doit être interprété en ce sens que l'obligation des États membres d'assurer la possibilité de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs s'étend également aux décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle, notamment à la décision sur la question de savoir si un marché déterminé relève du champ d'application personnel et matériel de la directive 92/50, telle que modifiée. Cette possibilité de recours est ouverte à toute personne ayant**

**ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché en question et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée, du moment où est manifestée la volonté du pouvoir adjudicateur susceptible de comporter des effets juridiques. Dès lors, les États membres ne sont pas autorisés à subordonner la possibilité de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé.**

**2)**

**Dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50, telle que modifiée par la directive 97/52, avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées.**