

ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)

Dans l'affaire C-94/99,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), par le Bundesvergabeamt (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

ARGE Gewässerschutz

et

Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), ainsi que de l'article 59 du traité CE (devenu, après modification, article 49 CE),

LA COUR (sixième chambre),

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

avocat général: M. P. Léger,

greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour ARGE Gewässerschutz, par M^e J. Schramm, avocat à Vienne,
- pour le gouvernement autrichien, par M. W. Okresek, Sektionschef à la Chancellerie, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement français, par M^{mes} K. Rispal-Bellanger, sous-directeur à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, et A. Bréville-Viéville, chargé de mission à la même direction, en qualité d'agents,
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. M. Nolin, membre du service juridique, en qualité d'agent, assisté de M^e R. Roniger, avocat au barreau de Bruxelles,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de ARGE Gewässerschutz, représentée par M^e M. Öhler, avocat à Vienne, du gouvernement autrichien, représenté par M. M. Fruhmann, de la

Chancellerie, en qualité d'agent, du gouvernement français, représenté par M. S. Pailler, rédacteur à la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, et de la Commission, représentée par M. M. Nolin, assisté de M^e R. Roniger, à l'audience du 16 mars 2000,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 15 juin 2000,

rend le présent

Arrêt

1.

Par décision du 5 mars 1999, parvenue à la Cour le 17 mars suivant, le Bundesvergabeamt (office fédéral des adjudications) a posé, en application de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), quatre questions préjudicielles sur l'interprétation de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), ainsi que de l'article 59 du traité CE (devenu, après modification, article 49 CE).

2.

Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant ARGE Gewässerschutz (ci-après «ARGE») au Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft (ministère fédéral de l'Agriculture et de la Foresterie), pouvoir adjudicateur, à propos de la participation de soumissionnaires semi-publics à une procédure de passation de marchés publics de services.

Le cadre juridique communautaire

3.

La directive 92/50 vise à coordonner les procédures de passation des marchés publics de services. Selon son deuxième considérant, elle concourt à l'établissement progressif du marché intérieur, défini comme comportant un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée.

4.

Son sixième considérant précise qu'elle tend à éviter les entraves à la libre circulation des services. Son vingtième considérant ajoute que, pour éliminer les pratiques qui restreignent la concurrence en général et la participation aux marchés des ressortissants d'autres États membres en particulier, il est nécessaire d'améliorer l'accès des prestataires de services aux procédures de passation des marchés.

5.

L'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50 définit les «pouvoirs adjudicateurs», au sens de ladite directive, comme étant 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.

6.

Aux termes de ladite disposition, un «organisme de droit public» est tout organisme:

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

et

- ayant 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.

7.

Le même article, sous c), définit le «prestataire de services» comme étant toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre ses services. Il désigne le prestataire de services qui a présenté une offre par le terme «soumissionnaire».

8.

L'article 1^{er}, sous d), définit par ailleurs les «procédures ouvertes» comme étant les procédures nationales dans lesquelles tout prestataire de services intéressé peut présenter une offre.

9.

L'article 3, paragraphes 1 et 2, dispose:

«1. Pour passer leurs marchés publics de services [...] les pouvoirs adjudicateurs appliquent des procédures adaptées aux dispositions de la présente directive.

2. Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services.»

10.

L'article 6 énonce une exception à l'application des procédures de passation des marchés publics de services:

«La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er} point b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.»

11.

L'article 37, premier alinéa, relatif au rejet des offres anormalement basses, prévoit:

«Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes et vérifie cette composition en tenant compte des justifications fournies.»

Le litige au principal

12.

ARGE, association d'entreprises et de techniciens civils, a présenté des soumissions dans le cadre d'une procédure ouverte d'appel d'offres lancée par le Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, les marchés publics en cause ayant pour objet le prélèvement et l'analyse d'échantillons d'eau provenant d'une série de lacs et de fleuves autrichiens, pour les exercices 1998/1999 et 1999/2000. Outre ARGE, des prestataires de services du secteur public, à savoir, notamment, l'Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH et l'Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH, qui sont des centres de recherche et d'essais, ont également présenté des offres.

13.

Dans le cadre d'une procédure de conciliation devant la Bundes-Vergabekontrollkommission (commission fédérale de contrôle des adjudications), ARGE a contesté la participation de ces sociétés à la procédure de passation des marchés publics en cause, faisant valoir que, soumissionnaires semi-publics, elles bénéficiaient d'importantes subventions de l'État, sans affectation concrète de celles-ci à un projet déterminé.

14.

La Bundes-Vergabekontrollkommission a estimé que l'article 16 du Bundesvergabegesetz (loi fédérale sur la passation des marchés publics), qui prescrit, notamment, le respect des principes de concurrence libre et loyale, ainsi que d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, ne s'opposait pas à une telle participation, concurrentement avec des soumissionnaires privés.

15.

ARGE a alors formé un recours devant le Bundesvergabeamt.

16.

Celui-ci, estimant que la solution du litige dépendait d'une interprétation du droit communautaire, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) La décision d'un pouvoir adjudicateur d'admettre à participer à une procédure de passation d'un marché des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres, dans le cadre d'une procédure de passation, à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires ayant une activité commerciale, est-elle contraire au principe d'égalité de traitement de tous les candidats et soumissionnaires à une procédure de passation?

2) La décision d'un pouvoir adjudicateur d'admettre la participation de tels organismes à une procédure de passation constitue-t-elle une discrimination déguisée, dès lors que les organismes qui bénéficient de telles subventions ont sans exception la nationalité de l'État membre ou leur siège dans l'État membre dans lequel le pouvoir adjudicateur a également son siège?

3) Même en admettant qu'elle ne soit pas discriminatoire à l'égard des autres candidats et soumissionnaires, la décision d'un pouvoir adjudicateur d'admettre de tels organismes à participer à une procédure de passation constitue-t-elle une restriction à la libre circulation des services incompatible avec les dispositions du traité CE, en particulier ses articles 59 et suivants?

4) Le pouvoir adjudicateur peut-il conclure des contrats de prestation avec des organismes qui appartiennent exclusivement ou au moins principalement aux pouvoirs publics et qui exécutent leurs prestations exclusivement ou au moins principalement pour le pouvoir adjudicateur ou d'autres organismes de l'État, sans soumettre la prestation à une procédure de passation conforme à la directive 92/50/CEE en concurrence avec des candidats ayant une activité commerciale?»

Observations préliminaires

17.

Il ressort de la décision de renvoi que ARGE a sollicité la mise en oeuvre d'une procédure de conciliation afin d'éclaircir la question de savoir si l'admission de soumissionnaires du secteur public à participer en même temps que des soumissionnaires «purement privés» à une procédure d'adjudication prévue par le Bundesvergabegesetz était conforme aux principes de concurrence libre et loyale ainsi que d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires visés par l'article 16 de cette loi.

18.

Dans la même décision, le Bundesvergabeamt relève que, si, comme en l'espèce, certains soumissionnaires sont des entreprises ou organismes publics bénéficiant, en tant que tels, d'aides au sens de l'article 92 du traité CE (devenu, après modification, article 87 CE) ou d'avantages particuliers en termes de coûts, le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de constater de manière fiable si le prix offert par ces soumissionnaires est raisonnable ou conforme à la situation du marché, puisqu'il ne reflète pas toujours les coûts calculés sur une base économique réelle. De tels soumissionnaires bénéficieraient d'un avantage concurrentiel substantiel par rapport aux autres soumissionnaires, dans la mesure où l'État membre en cause assume au moins une partie des coûts, tant fixes que variables, pertinents pour le calcul de leur offre.

19.

La juridiction de renvoi soulève ainsi la question de principe de savoir si le droit communautaire s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur admette la participation, avec des soumissionnaires non subventionnés, d'organismes au bénéfice desquels un État membre assume une partie des coûts pertinents pour le calcul de leur offre, le cas échéant au moyen d'aides au sens de l'article 92 du traité.

20.

Par ses trois premières questions, elle demande concrètement si la décision d'admettre la participation d'organismes avantageés, lorsque les avantages consentis leur permettent de présenter des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs concurrents, se heurte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, inhérent selon elle à la directive 92/50, et, dans la mesure où les organismes avantageés sont tous des organismes nationaux, si elle constitue une discrimination déguisée ou une restriction à la libre circulation des services contraire à l'article 59 du traité.

21.

Elle n'exclut pas que la réponse à ces questions révèle que le droit communautaire s'oppose à la participation d'organismes avantageés. Elle considère cependant qu'une telle solution entraînerait une conséquence excessive, consistant à exclure l'exécution, par tout organisme étatique disposant de la personnalité juridique en tant que sujet de droit distinct, de prestations effectuées à titre onéreux sur le fondement d'un contrat écrit et destinées à l'État. C'est dans ce contexte qu'elle pose la quatrième

question, laquelle vise à obtenir une définition des limites de l'exception à l'application des directives en matière de passation des marchés publics, exception dite «In House Providing», relative à des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur avec certains organismes publics ayant des liens avec lui.

Sur la première question

22.

ARGE soutient que les directives communautaires applicables dans le domaine des marchés publics partent du principe que la concurrence entre soumissionnaires doit se faire dans des conditions normales de marché, c'est-à-dire sans que celui-ci soit faussé, en particulier, par l'intervention de l'État membre concerné. C'est ce qui ressortirait du traité, qui interdit en principe les restrictions de la concurrence imputables tant à des entreprises privées qu'aux États membres. C'est ce que montreraient également les directives elles-mêmes: en application des articles 37 de la directive 92/50 et 34, paragraphe 5, 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), le pouvoir adjudicateur devrait d'abord examiner plus précisément les offres anormalement basses, soupçonnées d'avoir été rendues possibles en raison de l'octroi d'une aide. D'après ARGE, si le législateur avait estimé que la participation d'entreprises et d'organismes subventionnés à des procédures d'adjudication était admissible, de telles dispositions auraient été superflues.

23.

Selon ARGE, la participation de soumissionnaires bénéficiant de subventions publiques entraîne nécessairement une inégalité de traitement et une discrimination du soumissionnaire non subventionné dans le cadre de la détermination du mieux offrant. En définitive, l'illicéité d'une telle participation ressortirait de la finalité de la directive 92/50, exprimée par son vingtième considérant, à savoir l'élimination des pratiques restreignant la concurrence en général et la participation aux marchés des opérateurs d'autres États membres en particulier.

24.

Il y a lieu de constater que, ainsi que la juridiction de renvoi l'a relevé, le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la directive 92/50, est tenu de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. En effet, aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de cette directive, les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services.

25.

Toutefois, comme l'ont soutenu les gouvernements autrichien et français, ainsi que la Commission, le principe d'égalité de traitement n'est pas violé au seul motif que les pouvoirs adjudicateurs admettent la participation à une procédure de passation d'un marché public d'organismes bénéficiant de subventions qui leur permettent de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires non subventionnés.

26.

En effet, si le législateur communautaire avait eu l'intention d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à exclure de tels soumissionnaires, il l'aurait expressément énoncée.

27.

Or, à cet égard, il y a lieu de relever que les articles 23 et 29 à 37 de la directive 92/50 contiennent un dispositif précis relatif aux conditions de sélection des

prestataires de services admis à présenter une offre et aux conditions d'attribution du marché, mais qu'aucune de ces dispositions ne prévoit qu'un soumissionnaire doit être exclu ou son offre rejetée par principe du seul fait qu'il perçoit des subventions publiques.

28.

Au contraire, l'article 1^{er}, sous c), de la directive 92/50 autorise expressément la participation, à une procédure de passation de marché public, d'organismes financés le cas échéant au moyen de fonds publics. En effet, il énonce que le soumissionnaire est le prestataire de services qui a présenté une offre et il définit ce prestataire comme étant toute personne physique ou morale, «y inclus un organisme public», qui offre ses services.

29.

Si le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ne s'oppose donc pas en soi à la participation à une procédure de passation de marché public d'organismes publics, même dans un contexte tel que celui décrit dans la première question préjudicielle, il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances particulières, la directive 92/50 oblige les pouvoirs adjudicateurs, ou à tout le moins leur permette, de prendre en considération l'existence de subventions, et notamment d'aides non conformes au traité, afin, le cas échéant, d'exclure les soumissionnaires qui en bénéficient.

30.

À cet égard, la Commission a fait valoir à juste titre qu'un soumissionnaire peut être exclu au cours de la procédure de sélection, lorsque le pouvoir adjudicateur considère qu'il a reçu une aide non conforme au traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale mettrait en danger sa santé financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises.

31.

Cependant, pour répondre à la question de principe posée dans l'affaire au principal, il n'est pas nécessaire ni au demeurant possible, au vu des éléments du dossier, de définir les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs seraient tenus ou seraient en droit d'exclure les soumissionnaires bénéficiant de subventions.

32.

Il suffit donc de répondre à la première question que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires visé à la directive 92/50 n'est pas violé au seul motif que le pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public de services des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions.

Sur les deuxième et troisième questions

33.

Dans sa décision de renvoi, la juridiction nationale constate que les subventions dont bénéficient certains soumissionnaires profitent exclusivement à des organismes qui ont leur siège en Autriche et sont liés aux collectivités territoriales autrichiennes. Elle juge possible que le fait d'assumer en totalité ou en partie les coûts d'exploitation d'organismes nationaux et de mettre ceux-ci en mesure de présenter des offres à des prix inférieurs à ceux des cosoumissionnaires non subventionnés soit considéré comme une discrimination déguisée fondée sur la nationalité et soit donc incompatible

avec les dispositions de l'article 59 du traité. Elle ajoute que, s'il peut exister dans d'autres États membres des organismes, financés par des subventions comparables de leur État membre, qui pourraient participer à la procédure de passation d'un marché public de services, les prestataires de services à caractère commercial d'autres États membres ne doivent pas s'attendre à rencontrer, dans le cadre d'une telle procédure, des soumissionnaires autrichiens ayant, par rapport à eux, une avance concurrentielle considérable, grâce aux subventions des collectivités territoriales autrichiennes.

34.

Pour la juridiction de renvoi, même si l'admission des organismes nationaux avanta­gés ne constitue pas une discrimination déguisée, elle peut néanmoins être considérée comme une restriction à la libre circulation des services entre États membres, dès lors que de tels organismes, en dehors de la finalité d'intérêt général ayant présidé à leur création, peuvent, sur le fondement des dispositions prévoyant le financement total ou partiel de leurs coûts, proposer des prestations à des conditions et à des prix que leurs cosoumissionnaires non avanta­gés ne peuvent offrir.

35.

ARGE fait valoir que la circonstance que des soumissionnaires favorisés puissent participer à une procédure d'adjudication est contraire à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité.

36.

Il convient de constater, ainsi que l'a fait la Commission dans ses observations écrites, que, en règle générale, les aides sont octroyées à des entreprises installées sur le territoire de l'État membre qui les dispense. Une telle pratique, et l'inégalité de traitement qui en découle pour les entreprises d'autres États membres, est donc inhérente à la notion d'aide d'État. Elle ne constitue cependant pas en soi une discrimination déguisée ni une restriction à la libre circulation des services au sens de l'article 59 du traité.

37.

Il convient par ailleurs de souligner que, en l'espèce au principal, il n'est nullement allégué que la participation à la procédure en cause était subordonnée, en droit ou en fait, à une condition impliquant que les soumissionnaires subventionnés aient la nationalité de l'État membre dont relevait le pouvoir adjudicateur ou leur siège dans ledit État.

38.

Dans ces conditions, il y a lieu de répondre aux deuxième et troisième questions que le seul fait qu'un pouvoir adjudicateur admette la participation à une procédure de passation d'un marché public de services d'organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions, ne constitue ni une discrimination déguisée ni une restriction contraires à l'article 59 du traité.

Sur la quatrième question

39.

Au vu des réponses apportées aux trois premières questions et compte tenu du contexte dans lequel la quatrième question a été posée (voir point 21 du présent arrêt), il n'y a pas lieu de répondre à celle-ci.

40.

À toutes fins utiles, il convient de relever que la Cour a examiné une question semblable dans son arrêt du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), 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). Elle a dit pour droit que cette directive est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non.

Sur les dépens

41.

Les frais exposés par les gouvernements autrichiens et français, 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 Bundesvergabeamt, par décision du 5 mars 1999, dit pour droit:

1) Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires visé à la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, n'est pas violé au seul motif que le pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public de services des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions.

2) Le seul fait qu'un pouvoir adjudicateur admette la participation à une procédure de passation d'un marché public de services de tels organismes ne constitue ni une discrimination déguisée ni une restriction contraires à l'article 59 du traité CE (devenu, après modification, article 49 CE).

Gulmann
Puissochet
Macken

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 7 décembre 2000.

Le greffier

Le président de la sixième chambre

R. Grass

C. Gulmann