

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO SAGGIO

présentées le 24 septembre 1998 *

1. Par ordonnance du 17 février 1997, le Tiroler Landesvergabeamt a adressé à la Cour deux questions préjudicielles concernant l'interprétation 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 ¹ (ci-après la « directive recours »).

3. L'article 2, paragraphe 7, requiert notamment des États membres qu'ils veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

4. Le paragraphe suivant du même article revêt une importance particulière en l'espèce. Il est donc utile de le rappeler en entier:

La réglementation communautaire et nationale

2. L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive recours, tel que modifié par l'article 41 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ², fait obligation aux États membres d'adopter les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours rapides et efficaces en cas de violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit.

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

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 395, p. 33.

2 — JO L 209, p. 1.

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

5. L'article 5 de la directive fait obligation aux États membres de mettre en vigueur les mesures d'exécution nécessaires pour se conformer à la directive avant le 21 décembre 1991. Conformément à l'article 168 de l'acte d'adhésion ³, le délai applicable pour la république d'Autriche a été fixé au 1^{er} janvier 1995.

6. Dans l'ordre juridique autrichien, la directive recours a été transposée, au niveau fédéral, par le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen ⁴ (loi fédérale sur l'adjudication des marchés publics). Chacun des neuf Länder a ensuite adopté sa propre loi relative à l'adjudication des marchés publics; dans le cas du Land du Tyrol, la loi en question est le Tiroler Vergabegesetz ⁵ (loi tyrolienne sur la passation des marchés publics, ci-après le « TVerb ») du 6 juillet 1994.

7. La deuxième partie de la loi précitée (articles 5 à 14) régit les voies de recours à l'encontre des décisions d'adjudication des marchés publics. L'article 6 confie au Landesvergabeamt (l'Office des adjudications du Land, ci-après « l'Office ») la tâche de se prononcer sur les procédures de recours. Conformément au paragraphe 1 dudit article, cet organisme est composé de sept membres: un président, indiqué comme une personne connaissant bien les questions en matière de passation des marchés publics; un juriste fonctionnaire de l'administration tyrolienne, assurant les fonctions de rapporteur, un membre de la magistrature, ainsi que quatre autres membres, respectivement proposés par la chambre de commerce du Tyrol, la chambre des architectes et ingénieurs conseils du Tyrol et du Vorarlberg, la chambre des ouvriers et employés du Tyrol ainsi que par l'association des communes du Tyrol.

8. Le paragraphe 3 du même article prévoit que les membres de l'Office sont nommés par le gouvernement tyrolien et restent en fonction pour cinq ans. Ils cessent d'exercer leurs fonctions de manière anticipée, par renonciation à la nomination ou retrait de celle-ci. A cet égard, l'article 6, paragraphe 4, dispose que la nomination doit être annulée lorsque les conditions requises ne sont plus remplies ou lorsqu'apparaissent des éléments entravant « de façon probablement durable » l'exercice régulier des fonctions.

9. En vertu du paragraphe 6 de ce même article, l'Office délibère lorsque tous ses membres ont été régulièrement convoqués et que le président, le rapporteur, le membre de la magistrature et au moins un autre membre

3 — JO C 241, p. 21.

4 — La loi fédérale, publiée à l'origine au *Bundesgesetzblatt* n° 639/1993, a été ensuite republiée à la suite de la codification de la matière des travaux publics, résultant de la loi du 27 mai 1997 (*BGBL*, n° 56/1997).

5 — In *LGBl.* n° 87/1994.

sont présents. Les décisions sont prises à la majorité simple des voix. En cas d'égalité, la voix du président est prépondérante. L'absence n'est pas autorisée.

10. Les membres de l'Office ne sont tenus, en vertu du paragraphe suivant, par aucune instruction dans l'exercice de leurs fonctions. Leurs décisions ne peuvent pas être abrogées ou modifiées par voie administrative (article 6, paragraphe 7).

11. En vertu de l'article 7, paragraphe 1, il appartient au gouvernement tyrolien d'adopter le règlement intérieur de l'Office. Celui-ci doit notamment contenir des modalités relatives à l'organisation et au déroulement des audiences, au processus de discussion et de vote, à la rédaction des procès-verbaux et à la préparation et à la rédaction des décisions. Selon l'article 4 du règlement⁶, l'audience débute par l'exposé du rapporteur, lequel a également la charge de recueillir les preuves et de procéder aux autres mesures d'instruction. Toutes les décisions adoptées par l'Office doivent être rédigées en forme écrite et motivée.

12. L'article 10 de la loi indique les pouvoirs attribués à l'Office. Dans le cadre d'une procédure de recours, il peut vérifier la légalité des décisions prises par les autorités adjudicatrices, notamment annuler les décisions avant l'attribution du marché (article 12, para-

ph 1) ainsi que, une fois stipulé le contrat, vérifier si le défaut d'attribution au mieux offrant est dû ou non à une violation de la loi (article 12, paragraphe 2). Dans ce cadre, l'Office doit en tout état de cause apprécier si le marché n'aurait pas de toute façon été attribué à l'adjudicataire même s'il n'y avait pas eu de violation de la loi telle qu'invoquée dans le recours. En cas d'annulation de la décision des autorités adjudicatrices, le concurrent exclu en violation des dispositions en vigueur peut s'adresser au juge civil pour obtenir la réparation des préjudices subis.

Les faits et les questions préjudicielles

13. L'affaire au principal tire son origine de l'adjudication, effectuée par le Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (syndicat intercommunal de l'hôpital de Schwaz), du marché relatif aux travaux d'agrandissement dudit hôpital. C'est contre cette décision que les entreprises Josef Köllensperger GmbH & Co. et Atzwanger AG ont introduit, le 6 avril 1995, un recours en nullité de l'adjudication, pour violation des dispositions applicables en matière de passation des marchés publics.

14. Par décision du 27 juin 1995, l'Office a rejeté le recours, au motif que le marché aurait été de toute façon adjugé à la société qui avait présenté la meilleure offre, ce qui avait pour conséquence que, même si les dispositions de la loi avaient été respectées, le marché n'aurait en tout état de cause pas été attribué aux requérantes. Ces dernières ont alors attaqué

6 — Règlement publié au *Tiroler LGBl.*, 1995, n° 47.

cette décision devant le Verfassungsgerichtshof lequel, par arrêt du 12 juin 1996, a annulé cette décision en ce qu'elle violait le droit, garanti par la constitution autrichienne, à une procédure devant le juge naturel. Le Verfassungsgerichtshof observait en effet que la composition de l'Office ne correspondait pas aux conditions requises par la directive recours parce que son président ne présentait pas les qualifications juridiques et professionnelles nécessaires pour exercer la fonction de juge.

- 2) Le Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (loi sur la passation des marchés publics) du 6 juillet 1994, *Landesgesetzblatt für Tirol (Journal officiel du Land du Tyrol)* n° 87/1994, assure-t-il la transposition en droit national de la directive du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux pour les procédures de recours visées à l'article 1^{er}? »

15. La composition de l'Office a donc été modifiée. Le président précédemment en fonction a été remplacé par un fonctionnaire de l'administration habilité à exercer la fonction de magistrat. Après la reprise de la procédure, l'Office, qui éprouvait des doutes sur le point de savoir si sa composition (en particulier pour ce qui concerne les membres indiqués par les organisations catégorielles) satisfaisait aux exigences de la directive, a décidé de soumettre à la Cour les deux questions préjudicielles suivantes:

- « 1) Convient-il d'interpréter l'article 2 de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, en ce sens que le (Tiroler) Landesvergabeamt (Office des adjudications du Land du Tyrol), institué par le (Tiroler) Landesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (loi du Land du Tyrol sur la passation des marchés publics) du 6 juin 1994, *Landesgesetzblatt (Journal officiel du Land)* n° 87/1994, constitue une instance responsable des procédures de recours au sens de l'article 2, paragraphe 8, de la directive?

Sur la recevabilité

16. Il importe, à titre préliminaire, de vérifier si l'Office, en raison des dispositions qui en régissent la structure et les modalités de fonctionnement, a le pouvoir de s'adresser à la Cour dans le cadre d'une procédure préjudicielle. Dans ses observations écrites, la Commission a en effet exprimé des doutes sur la recevabilité des questions, en ce qu'elles ont été présentées par un organisme qui, pour des raisons multiples, ne pourrait pas être considéré comme une « juridiction » au sens de l'article 177 du traité CE ⁷.

⁷ — Il y a toutefois lieu d'observer que la Commission a déclaré à l'audience avoir modifié son orientation, à la lumière, dit-elle, de la position prise par la Cour dans l'arrêt du 17 septembre 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961, points 22 à 38).

17. On sait que, pour des exigences ayant trait à l'application uniforme du droit communautaire, la notion de « juridiction » compétente pour déférer des questions préjudicielles revêt une signification autonome par rapport aux définitions susceptibles d'être rencontrées dans les ordres juridiques nationaux⁸. Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante⁹, pour apprécier si l'organe de renvoi possède les caractéristiques d'un juge en vertu de l'article 177 du traité, il convient de tenir compte d'éléments multiples, à savoir l'origine légale, la permanence, la juridiction obligatoire, la procédure contradictoire, l'application, par l'organe, de normes juridiques et les conditions d'impartialité et d'indépendance. Il y a donc lieu à ce stade d'apprécier si les conditions que nous venons de rappeler ont été respectées par l'organisme qui a, en l'espèce, sollicité l'intervention de la Cour.

18. Il y a lieu d'observer à cet égard que la loi autrichienne attribuée à l'Office d'adjudication des marchés, à titre exclusif, la tâche de contrôler la légalité des décisions concernant l'adjudication des marchés (articles 5 et 10 du TVerG). Cette loi prévoit également que les décisions sont contraignantes *ex lege* (article 12 du TVerG); en outre, l'Office constituant une « autorité collégiale ayant des fonctions juridictionnelles » au sens de l'article 133 de la constitution autrichienne, ses décisions ne sont pas susceptibles d'annulation ou de modification par voie administrative (article 6, paragraphe 7, du TVerG). Il en découle

donc que l'Office a une origine légale et que sa juridiction est obligatoire. La même appréciation positive s'impose également en ce qui concerne le caractère permanent de l'organe, étant donné que l'Office siège de manière stable. La circonstance que ses membres restent en charge pour un nombre limité d'années (cinq) ne revêt à cet égard aucune importance, puisqu'on sait que le mandat des membres d'une juridiction peut être limité à une période déterminée, et que le seul point qui importe est qu'il s'agit d'une durée prédéterminée par la loi et non laissée au choix discrétionnaire de celui qui possède le pouvoir de nomination. Enfin, il ne fait pas de doute que l'Office applique des règles juridiques quand il statue sur la légalité des décisions relatives à l'adjudication des marchés (article 8 du TVerG).

19. Pour ce qui est du respect du principe du contradictoire dans le cadre de la procédure, la réglementation pertinente permet également d'affirmer que l'Office est tenu, dans le cadre de son activité, de le respecter.

A cet égard, on rappellera que dans l'arrêt Dorsch Consult la Cour a observé, tout d'abord, qu'il ne s'agit pas d'un « critère absolu »¹⁰, et qu'elle a en outre estimé suffisant que les parties soient entendues par l'organe chargé de vérifier la légalité de l'adjudication des marchés avant toute décision de l'organisme compétent. La Cour a donc estimé qu'une procédure dans laquelle l'autorité appelée à trancher un litige est obligée d'entendre les parties avant de rendre sa décision revêt un caractère « contradictoire ».

8 — L'autonomie de la notion communautaire de « juridiction » a été affirmée par la Cour dès son arrêt du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377).

9 — Voir en particulier les arrêts Vaassen-Göbbels, précité; du 11 juin 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545); du 17 octobre 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199); du 27 avril 1994, Almelo c.a. (C-393/92, Rec. p. I-1477), et, en dernier lieu, l'arrêt Dorsch Consult, précité, point 24.

10 — Arrêt précité, point 31.

Nous estimons qu'en l'espèce on peut parvenir à la même conclusion, considération prise de ce que la loi tyrolienne prévoit, en son article 7, paragraphe 1, que la procédure devant l'Office comporte des audiences avec la participation des parties, et que des règles plus spécifiques concernant l'organisation et le déroulement des audiences devront être insérées, comme cela a effectivement été le cas, dans le règlement interne de procédure ¹¹.

20. Conformément à ces règles, dans la procédure au principal, les parties ont été entendues et ont eu la possibilité de présenter des observations avant que l'Office ne prenne une décision sur le fond du recours. On ne saurait donc mettre en doute le fait que la procédure s'est déroulée, en l'espèce, dans le respect du principe du contradictoire, tel que celui-ci est entendu par la Cour.

21. Enfin, il reste à vérifier que la structure et le fonctionnement de l'Office répondent aux conditions d'impartialité et d'indépendance de l'organe de jugement.

On sait que tout organisme qui prétend exercer des fonctions juridictionnelles doit en principe garantir un degré élevé d'imperméabilité vis-à-vis de toute influence externe susceptible, ne serait-ce que potentiellement, de mettre en péril l'indépendance de jugement

quant aux litiges sur lesquels il est appelé à se prononcer. Cette exigence est encore plus marquée dans les cas où, comme en l'espèce, l'administration est, d'une part, titulaire du pouvoir de nomination et de révocation des membres de l'Office et, d'autre part, partie dans les cas portés à la connaissance de ce dernier ¹².

22. La notion communautaire de juridiction implique, conformément aux traditions juridiques communes des États membres, que les dispositions régissant la composition et l'activité de tout organe juridictionnel doivent garantir, et de manière stricte, l'indépendance et l'impartialité de ses composantes ¹³. Cela vaut en particulier pour les dispositions attribuant éventuellement à l'administration le pouvoir de révocation des membres de l'organisme. Il est évident qu'un pouvoir de ce type ne doit être exercé que dans des cas exceptionnels, pour lesquels les prescriptions habilitant à cet effet le pouvoir exécutif doivent préciser, avec la plus grande transparence et de manière exhaustive, les motifs pour lesquels il peut être procédé à la révocation des membres de l'organe.

12 — Il s'agit, bien évidemment, de la situation qui se présente normalement en matière de marchés publics. C'est précisément pour éviter d'éventuelles conséquences négatives découlant de la proximité « structurelle » entre « celui qui contrôle » et « celui qui est contrôlé » que la directive recours prévoit des conditions supplémentaires pour l'organisme, juridiction au sens de l'article 177 du traité, appelé à résoudre les litiges en matière de marchés publics dans le système à deux niveaux. En particulier, on requiert qu'au minimum le président de l'organisme ait les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. Ce système sera traité *ci-après*, points 32 et suiv.

13 — Parmi les arrêts mettant en exergue l'importance des conditions d'indépendance et d'impartialité, voir notamment les arrêts Pretore di Salò, précité, point 7; du 30 mars 1993, Corbiau (C-24/92, Rec. p. I-1277, point 15), et Almelo, précité, point 21.

11 — Voir l'article 4 du règlement du gouvernement du Land Tyrol du 24 avril 1995, *Tiroler LGBl.* 1995, n° 47.

23. Après ces considérations générales et pour en venir au cas qui nous occupe, il y a lieu d'observer que dans ses observations écrites la Commission, en contestant la recevabilité des questions, a mis en doute, sous divers aspects, que la condition de l'indépendance soit respectée par les dispositions régissant la composition et le fonctionnement de l'Office. A l'audience, la Commission a toutefois signalé qu'elle avait modifié son point de vue, ce qu'elle a justifié par un renvoi (en fait très général) à l'arrêt Dorsch Consult.

25. En second lieu, la Commission observe que la circonstance que la loi tyrolienne ne contienne pas de dispositions concernant la récusation des membres de l'Office et leur abstention ne serait pas compatible avec l'exigence d'indépendance. Ces dispositions devraient, par exemple, être d'application lorsque ceux-ci ont participé, en tant que fonctionnaires de l'administration, à l'adjudication du marché en cause. Considération prise de la proximité « structurelle » de l'Office par rapport à l'administration, dont l'organisme est tenu de contrôler l'action, cette lacune serait d'autant plus grave.

24. Lors de la procédure écrite, la Commission a d'abord fait valoir la circonstance que le membre exerçant les fonctions de rapporteur est un fonctionnaire de l'administration en disponibilité, et que cette situation, eu égard à l'importance du rôle joué par le rapporteur au sein de l'Office, ne serait pas compatible avec la qualité de tiers de l'organe juridictionnel.

L'absence de toute réglementation en ce qui concerne l'abstention et la récusation des membres de l'organe juridictionnel compromet l'indépendance de celui-ci, ainsi que l'a observé la Commission dans ses observations écrites. Et l'on ne peut, d'autre part, remédier à cette lacune en appliquant par analogie les dispositions correspondantes relatives aux magistrats, étant donné que cette matière est strictement liée au principe du juge naturel et nécessaire, par conséquent, une réglementation explicite et exhaustive.

Nous ne pensons pas que cette critique soit fondée. La circonstance qu'un membre de l'Office émane de l'administration n'est pas par elle-même de nature à préjuger de sa liberté de jugement, qui doit être garantie par l'ensemble des dispositions régissant les fonctions de l'organe. Ajoutons que le législateur autrichien a lui-même tenu compte de cette exigence en prévoyant dans la loi qui institue l'Office que, indépendamment de leur provenance, les personnes qui le composent ne doivent pas recevoir d'instructions dans l'exercice de leurs fonctions (article 6, paragraphe 7).

26. Enfin, la Commission conteste la compatibilité des dispositions relatives à la destitution des membres de l'organisme avec le principe de l'indépendance de l'organe juridictionnel. Elle souligne que les dispositions sur la révocation (article 6, paragraphe 4, de la loi instituant l'Office) sont formulées, dans le texte de la loi instituant l'Office, de manière trop vague. En effet, outre un renvoi à la perte des conditions nécessaires à la nomination, qui à l'évidence ne fait naître aucun problème d'interprétation, la disposition en

cause prévoit également que l'administration peut annuler la nomination en présence de circonstances empêchant « de manière probablement durable » l'exercice régulier des fonctions. C'est cette dernière disposition qui, selon la Commission, apparaît difficilement conciliable avec le principe de l'indépendance de l'organe juridictionnel.

La position de la Commission semble raisonnable. La disposition citée en premier rend en effet incertaine l'identification du juge, parce que le pouvoir de l'autorité gouvernementale de décharger de ses fonctions le membre de l'organisme juridictionnel ne se rapporte pas à des hypothèses spécifiquement déterminées; ce qui est manifestement contraire au principe du juge naturel. Et il ne nous semble pas que l'on puisse y suppléer par l'application par analogie des règles relatives à la révocation des magistrats étant donné que la disposition, telle qu'elle a été formulée, révèle la volonté d'attribuer à l'autorité gouvernementale un pouvoir des plus larges. Le caractère vague de la disposition et, partant, l'ample pouvoir discrétionnaire attribué à l'exécutif rendent en outre très difficile, sinon impossible, de procéder à un contrôle juridictionnel d'éventuelles mesures de révocation d'un membre de l'Office.

En conclusion, la disposition de la loi instituant l'Office qui régit la délicate matière de la révocation des membres de celui-ci utilise une formule qui apparaît trop vague pour

servir de garantie contre des interventions ou pressions indues de la part du pouvoir exécutif¹⁴.

27. Cette conclusion n'est pas contredite, mais plutôt confirmée, par l'arrêt récemment rendu par la Cour dans l'affaire Dorsch Consult. Dans cette affaire, ce qui était en cause, c'était la nature juridictionnelle de l'organe allemand compétent pour se prononcer sur les procédures d'appel d'offres (Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes) en raison précisément de ce que l'organisme en question ne satisfaisait pas aux critères d'indépendance et d'impartialité par rapport à l'exécutif. Ce précédent, toutefois, ne nous semble pas pertinent. La Cour a en effet estimé que les doutes exprimés tant par la Commission que par l'avocat général¹⁵ n'étaient pas fondés, motif pris de ce que l'ordre juridique allemand prévoit expressément que les dispositions sur la démission d'office des magistrats s'appliquent à ceux qui composent l'organisme fédéral compétent pour se prononcer sur l'adjudication des marchés et qu'il régit en outre directement la récusation et l'abstention. A cet égard, la Cour a motivé sa position comme suit¹⁶: « il y a lieu ensuite de souligner que, aux termes de l'article 57 c, paragraphe 3, du HGGr, les dispositions essentielles de la loi allemande sur

14 — Il est significatif que dans l'ordre juridique autrichien on rencontre des solutions différentes en ce qui concerne le fonctionnement d'organismes même lorsqu'ils sont appelés à statuer en première et dernière instance sur la légalité de mesures d'adjudication des marchés publics. Ainsi qu'il apparaît dans le cas d'espèce qui sous-tend l'affaire Hospital Ingenieure (C-258/97), pour laquelle nous présenterons nos conclusions le 1^{er} octobre 1998, la loi sur les marchés publics en vigueur en Carinthie dévolue les compétences précitées au Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten, organe juridictionnel qui puise les garanties de son indépendance dans le texte même qui l'institue, le pouvoir de révocation étant attribué à la chambre elle-même et ne pouvant être exercé que dans des hypothèses expressément prévues par la loi (article 129b de la constitution fédérale autrichienne).

15 — Voir les points 33 à 37 des conclusions de l'avocat général M. Tesouro (Rec. p. I-4976).

16 — Arrêt précité, point 36.

les magistrats concernant l'annulation ou la révocation de leur nomination ainsi que leur indépendance et leur révocabilité s'appliquent par analogie aux membres fonctionnaires des chambres. De manière générale, les dispositions de la loi relative aux magistrats concernant l'annulation de leur nomination ainsi que leur révocation s'appliquent également aux membres à titre non professionnel. L'impartialité de ces membres est par ailleurs assurée par l'article 57 c, paragraphe 2, du HGRG, selon lequel ils ne doivent pas être saisis d'affaires dans lesquelles ils ont eux-mêmes participé à la prise de décision relative à l'adjudication d'un marché ou dans lesquelles ils sont ou étaient eux-mêmes soumissionnaires ou représentants de soumissionnaires ».

28. Il ressort de ce passage que la Cour juge essentiel aux fins de la garantie de l'indépendance et de l'impartialité des juges que les hypothèses exceptionnelles justifiant la récusation des membres de l'organisme soient en tout état de cause précisées dans les dispositions qui en réglementent le fonctionnement ou, comme dans le cas de la révocation, que soit opéré un renvoi *exprès* à la législation applicable aux magistrats. S'il est vrai que la Cour s'est référée, dans l'arrêt Dorsch Consult, à l'application par analogie de la législation allemande concernant la révocation des juges, il convient de l'entendre de façon plus exacte comme un renvoi à des dispositions déterminées relatives à un cas d'espèce différent, puisque applicable. Dans la loi tyrolienne, ce renvoi n'existe pas, raison pour laquelle le passage de l'arrêt que nous venons de citer ne peut pas être invoqué en sens contraire par rapport à la solution ici proposée.

29. Il n'y a pas non plus de contradiction entre les conclusions auxquelles nous sommes parvenu et la circonstance que la Cour a, récemment, répondu à des questions qui lui étaient déferées par l'autorité *fédérale* autrichienne responsable des procédures de recours en ce qui concerne la passation des marchés publics. Dans son arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.¹⁷, la Cour a examiné sur le fond les questions formulées par le Bundesvergabeamt (Office fédéral des adjudications) sans procéder à l'examen de la nature juridictionnelle de l'organisme a quo, alors que ledit examen avait été effectué par les parties et par l'avocat général. Donc, en admettant même que la Cour ait voulu implicitement reconnaître la compétence de l'organe aux fins du renvoi de questions préjudicielles¹⁸, les différences susceptibles d'être rencontrées entre la loi instituant le Bundesvergabeamt et celle instituant le Tiroler Vergabeamt suggèrent de ne pas accorder d'importance à la circonstance qui vient d'être rappelée. En effet, s'il est vrai que les organismes sont structurés de manière quasi identique et fonctionnent sur la base de règles similaires, il est également vrai que la réglementation fédérale est beaucoup plus précise en ce qui concerne les garanties d'indépendance et d'irrévocabilité dont jouissent les membres du Bundesvergabeamt. En particulier, à la différence de la loi tyrolienne, les causes de cessation des fonctions d'un membre de l'Office fédéral sont expressément et limitativement indiquées par l'article 100 du BVerG (article 79 de la version précédente de

17 — Arrêt du 15 janvier 1998 (C-44/96, Rec. p. I-73).

18 — Dans ses conclusions présentées le 16 septembre 1997 (points 37 à 44), l'avocat général M. Léger s'était prononcé dans un sens positif. Il est toutefois significatif, aux fins de la présente affaire, qu'au point 41 de ses conclusions l'avocat général, en motivant sa solution positive par rapport au critère de l'indépendance de l'organe, a précisé que les motifs de révocation des membres sont énumérés de manière exhaustive dans le texte de l'article 79 de la loi fédérale (à présent article 100 du BVerG) et correspondent à des hypothèses objectives ou, en ce qui concerne le motif tenant à l'existence d'une négligence grave, à des manquements dont l'importance exigée par la loi réduit le risque d'arbitraire ou d'ingérence de la part des autorités administratives.

cette même loi)¹⁹. On peut en dire autant des causes de récusation des membres de l'Office à l'initiative des parties, expressément prévues dans la loi fédérale, mais non, comme il a été précédemment montré, dans la loi tyrolienne.

30. Pour toutes ces considérations, nous proposons à la Cour de déclarer irrecevables les questions formulées par le Tiroler Vergabeamt étant donné qu'elles ont été présentées par un organisme n'ayant pas la qualité de juridiction au sens de l'article 177 du traité.

Sur les première et deuxième questions préjudicielles

31. Au cas où la Cour, contrairement à ce que nous venons de suggérer, entendrait qualifier l'Office de « juridiction » au sens de l'article 177, en surmontant donc les doutes concernant la qualité de tiers et l'indépendance des membres de l'organisme, se poserait alors le problème d'apprécier au fond les questions préjudicielles soumises par l'Office. C'est à cette appréciation que sont donc consacrées les observations qui suivent.

32. Comme on se le rappellera, l'Office vise en substance à savoir si les conditions contenues à l'article 2, paragraphe 8, premier alinéa, de la directive recours sont respectées à travers les règles régissant sa composition et son fonctionnement.

Dans leurs observations écrites et lors de la procédure orale devant la Cour, l'attention des parties s'est concentrée en particulier sur le « profil » du président de l'organisme en question, en vue de clarifier le point de savoir s'il répond ou non aux conditions indiquées à l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours.

33. Disons tout de suite que l'analyse de la disposition précitée fait apparaître que le débat évoqué ci-dessus n'est, en l'espèce, ni pertinent ni nécessaire. Pour motiver cette conclusion, il est indispensable de procéder à une lecture plus affinée de l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours.

34. La disposition présentement rappelée a trait, rappelons-le, aux organes responsables des procédures de recours contre les décisions prises par les instances de base compétentes aux fins de la passation des marchés publics rentrant dans le champ d'application de la directive.

19 — En vertu de l'article 100 de la loi, un membre du Bundesvergabeamt cesse ses fonctions pour l'un des motifs suivants: décès ou renonciation de sa part; inéligibilité au Parlement, constatation par l'instance, réunie en assemblée plénière, de son incapacité à exercer normalement ses fonctions en raison de graves déficiences physiques ou mentales; expiration du mandat; constatation par l'instance, réunie en assemblée plénière, d'une grave violation de ses obligations; départ de la magistrature ou d'un autre organisme chargé de présenter la proposition de nomination.

35. Dans le texte de l'article 2, paragraphe 8, en particulier dans sa première phrase, deux scénarios différents sont exposés. Les États membres ont en effet la faculté de choisir entre deux solutions possibles dans l'organisation du système de contrôle des marchés publics. La première solution, que nous qualifierons de « système à un seul niveau » consiste à attribuer à des « organes judiciaires » la compétence de connaître des recours. La seconde, que nous appellerons « système à deux niveaux » et qui reflète la situation normative en vigueur dans plusieurs États membres au moment de l'adoption de la directive, consiste à attribuer la compétence, en premier lieu, à des organes « de base » qui ne sont pas des organes judiciaires. La suite du texte de l'article 2, paragraphe 8, concerne exclusivement cette seconde hypothèse. En ce cas en effet, le texte de la disposition précise que « des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité et qui soit indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base ».

36. Le système à deux niveaux est donc caractérisé par l'intervention, dans un premier temps, d'un organe de nature non juridictionnelle, dont les décisions quant aux mesures prises par les autorités adjudicatrices doivent être motivées par écrit. En outre, ces décisions doivent elles-mêmes pouvoir être soumises à un recours juridictionnel ou à un recours porté devant un organe qui soit une « juridiction » au sens de l'article 177 et qui soit indépendant tant par rapport au pouvoir adjudicateur que par rapport à l'instance de

base. Dans la suite du texte du paragraphe 8 de l'article 2 de la directive, on se réfère à l'organe indépendant cité en dernier lieu, en tant que juridiction au sens de l'article 177, laquelle doit remplir certaines conditions « spéciales » se rapportant à la nomination des membres, à la cessation de leur mandat, aux qualifications du président, à la procédure et à la nature contraignante des décisions.

37. Apprécier avec précision le contenu normatif de cette disposition est une opération qui n'a rien de simple. Ce qui importe aux fins de l'analyse est de clarifier ce que la directive a voulu entendre avec l'expression « instance de nature juridictionnelle », visée à la première phrase de l'article 2, paragraphe 8. Il s'agit donc de préciser si ladite expression doit être entendue comme un renvoi à la qualification communautaire de « juridiction » ou comme un renvoi au droit national.

38. Nous estimons que la première solution est celle qui est correcte, de sorte que l'article 2, paragraphe 8, de la directive, considéré dans son ensemble, n'entre en ligne de compte que lorsque l'instance responsable des procédures de recours n'est pas une « juridiction » au sens de l'article 177 du traité et donc n'est pas un organisme habilité à soumettre des questions préjudicielles à la Cour de justice. Dans ce cas, la disposition en cause impose aux États qui adoptent le système à deux niveaux de permettre en tout état de cause un réexamen des décisions prises par l'instance de base au moyen d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une « juridiction » au sens de l'article 177.

39. La ratio de l'ensemble du système, comme l'ont admis à l'audience le gouvernement autrichien et la Commission, est en effet de permettre à chaque fois, lors du réexamen des mesures prises par les autorités adjudicatrices des marchés publics, l'intervention d'un organisme qui, à cause de sa nature « juridictionnelle », est habilité à soumettre des questions préjudicielles à la Cour de justice, même lorsque celui-ci ne fait pas formellement partie de l'ordre judiciaire de l'État membre en question. Ainsi, les instances responsables des procédures de recours peuvent obtenir de la Cour, lorsqu'elles en ressentent la nécessité, une décision qui interprète les dispositions des directives communautaires en matière de marchés publics (y compris, évidemment, la directive recours).

40. Or, si l'on considère que l'Office est un organisme habilité à soumettre des questions préjudicielles à la Cour de justice — donc une juridiction telle que visée à l'article 177 —, la conséquence en est que les exigences de protection qui justifient la solution « à deux niveaux » ne revêtent aucune importance dans le cas qui nous occupe: en effet, l'organisme qui connaît en première (et unique) instance des procédures de recours est celui-là même qui est habilité à s'adresser à la Cour. Il serait donc dépourvu de sens, dans cette perspective, d'exiger que les décisions prises par une « juridiction » telle que visée à l'article 177 doivent être soumises pour réexamen à un autre organisme qui serait à son tour habilité à s'adresser à la Cour. Bien entendu — répétons-le — l'exigence de prévoir en tout cas l'intervention d'un organisme qui soit une « juridiction » au sens de l'article 177 est sans objet dans les cas où, comme en l'espèce, l'organisme responsable des procédures de recours est, par hypothèse, considéré comme une « juridiction »; elle n'a d'objet que si, dans un système à deux niveaux, le premier

est représenté par un organe administratif « pur », en tant que ce dernier est étranger à la définition de la juridiction dont il s'agit à l'article 177.

41. La conclusion à laquelle nous sommes parvenu nous dispense d'examiner au fond les deux questions soumises par l'Office, concernant l'interprétation du deuxième alinéa de l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours. Comme on s'en souviendra, cette disposition concerne les conditions spécifiques que doit remplir l'organisme indépendant intervenant en second lieu dans le système « à deux niveaux ». Il apparaît donc évident que les éclaircissements sollicités par l'autorité a quo n'ont pas d'importance dans le cas qui nous occupe, étant donné que cette partie de la disposition n'est pas applicable à l'Office compétent pour les adjudications, institué par la loi tyrolienne. Le problème envisagé par l'autorité de renvoi se résume donc à celui — déjà analysé — relatif à la recevabilité des questions préjudicielles. C'est en effet uniquement dans ce cadre — et non au stade de l'interprétation de l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours — que l'on peut éventuellement apprécier le statut des membres de l'organisme, leur indépendance par rapport au pouvoir exécutif et aux parties, les conditions de leur nomination et de leur révocation, et ainsi de suite. Il n'est donc, par exemple, pas déterminant d'apprécier si le président de l'Office a les mêmes qualifications personnelles et professionnelles qu'un juge et si ces qualifications doivent être déterminées par référence à une notion « nationale » ou « communautaire » du juge. Cette exigence apparaît en effet propre au système « à deux niveaux » conçu par la directive en tant que branche de l'alternative laissée aux États membres lors de la création d'un système national de procédures de recours. Elle n'est

en revanche pas déterminante pour qualifier un organisme de « juridiction » aux fins de l'article 177.

42. Il n'est pas superflu d'ajouter — toujours en supposant que l'organisme en question doit être considéré comme une juridiction au sens de l'article 177 — que la conclusion à laquelle nous sommes à présent parvenu est l'unique qui permette d'asseoir le système tyrolien de réexamen des mesures d'adjudication des marchés publics dans le cadre de la directive recours. En effet, si l'on entendait le

Landesvergabeamt comme « juridiction au sens de l'article 177 » dont il est question dans la phrase finale de la première partie de l'article 2, paragraphe 8, et donc comme « deuxième degré » dans l'appréciation des recours dirigés à l'encontre de l'adjudication des marchés publics, il se poserait pour l'interprète le problème de déterminer l'organe de base compétent en premier lieu, et qui n'est pas « l'instance de nature juridictionnelle » et dont les décisions devraient être soumises à réexamen devant l'Office. Instance de base qui, on le notera, n'existe pas dans le système autrichien, puisque les recours formés à l'encontre des mesures prises par les pouvoirs adjudicateurs sont formés en première et unique instance devant le Landesvergabeamt.

43. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de déclarer irrecevables les questions déferées par le Tiroler Landesvergabeamt du Tyrol, en tant que cet organisme n'est pas une juridiction au sens de l'article 177 du traité.

Subsidiairement, nous proposons à la Cour de répondre comme suit:

« L'article 2, paragraphe 8, deuxième partie, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, doit être interprété en ce sens que les conditions qui y figurent concernent exclusivement la composition des organismes indépendants responsables du réexamen des décisions prises par un organe ayant qualité, en première instance, pour connaître des recours formés à l'encontre de l'adjudication des marchés publics, qui ne soit pas une juridiction telle que visée à l'article 177 du traité CE. La disposition en cause n'est dès lors pas pertinente pour apprécier la composition et le fonctionnement du Tiroler Landesvergabeamt. »