

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. ANTONIO SAGGIO

présentées le 1^{er} octobre 1998 *

1. Par ordonnance du 8 juillet 1997, l'Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten (Autriche) a déféré à la Cour cinq 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 ») et de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ² (ci-après la « directive services »).

Le cadre normatif

2. L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive recours, tel que modifié par l'article 41 de la directive services, 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 vio-

lation du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit.

3. L'article 2, paragraphe 7, requiert notamment des États membres de veiller 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:

« 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.

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 395, p. 33.

2 — JO L 209, p. 1. La directive services a été modifiée en dernier lieu par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, modifiant les directives 92/50, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement (JO L 328, p. 1).

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

5. Revêtent de l'importance en l'espèce également certaines dispositions incluses dans la directive services. Celle-ci contient les règles relatives à la passation des marchés publics de services qui doivent être observées à l'intérieur de la Communauté pour tous les marchés dépassant le seuil minimal prévu à l'article 7. Aux termes de l'article 8, les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A doivent être passés conformément aux dispositions des titres III, IV, V et VI suivants, alors que, pour ceux figurant à l'annexe I B, l'adjudication doit être effectuée dans le seul respect des dispositions visées aux articles 14 et 16. Lorsque le marché a pour objet à la fois des services figurant dans les deux annexes, le choix de la réglementation applicable est déterminé par le service dont la valeur est la plus élevée. Parmi les services énumérés à l'annexe I A figurent, en catégorie 12, les services d'architecture, les services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie, les services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère, les services connexes de consultations scientifiques et techniques; les services d'essais et d'analyses techniques.

6. En vertu de l'article 168 de l'acte d'adhésion³, les deux directives auraient dû être transposées dans l'ordre juridique autrichien au plus tard lors de l'adhésion, c'est-à-dire au 1^{er} janvier 1995. La directive recours a été transposée, au niveau fédéral, par le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen⁴ (loi fédérale sur l'adjudication des marchés publics). Au niveau local, chacun des neuf Länder a adopté sa propre loi relative à l'adjudication des marchés publics. Dans le cas de la Carinthie, la loi en question est le Kärntner Auftragsvergabe-gesetz⁵ (ci-après le « Kärntner AVG »), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, qui régleme, en sa section VIII, les procédures de recours contre les mesures d'adjudication.

En vertu de l'article 59 de cette loi, c'est l'Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten, organisme administratif indépendant chargé du contrôle de la légalité des actes de l'administration du Land (ci-après l'« UVK »), qui est responsable des procédures de recours. La loi du 20 novembre 1990 (Kärntner Verwaltungssenatgesetz⁶, ci-après le « Kärntner VerwSG ») règle les compétences, la composition et le fonctionnement de l'UVK. Trouvent également à s'appliquer les dispositions de la Constitution autrichienne concernant la structure et le fonctionnement des chambres administratives indépendantes des Länder⁷.

3 — Acte relatif aux conditions d'adhésion du royaume de Norvège, de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels se fonde l'Union européenne (JO 1994, 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 (*BGBI.* n° 56/1997).

5 — *LGBl.* n° 55/1994.

6 — *LGBl.* n° 104/1990.

7 — Voir ci-après, point 14.

7. La loi de transposition de la directive services⁸, adoptée par le Kärntner Landtag (Parlement du Land de Carinthie) le 22 avril 1997, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1997, postérieurement donc au délai prévu dans l'acte d'adhésion. Ladite loi exclut expressément de son champ d'application les procédures d'adjudication déjà achevées, raison pour laquelle elle n'est pas applicable aux faits qui sous-tendent la procédure au principal, lesquels remontent à 1996.

Les faits et la procédure au principal

8. La procédure au principal trouve son origine dans l'adjudication à la société CMT Medizintechnik Gesellschaft mbH, dont le siège est à Vienne, d'un marché de services relatif à la construction d'un hôpital pédiatrique à Klagenfurt. Le marché, adjugé par la Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft (société de gestion des hôpitaux du Land), portait sur une série de services d'ingénierie, comprenant des activités de planification, de conseil et d'étude pour l'installation et le fonctionnement de divers appareillages médicaux.

9. L'entreprise Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs Gesellschaft mbH (HI), dont le siège est à Munich (Bavière), avait participé au même appel d'offres. A la suite de son exclusion, elle a introduit devant l'UVK un recours dans lequel elle invoquait la nullité

de l'adjudication pour violation de la législation communautaire sur les marchés publics de services.

Elle faisait notamment valoir que tant les conditions incluses dans l'avis de marché que les règles utilisées aux fins du déroulement de la procédure d'adjudication du marché n'étaient pas conformes aux dispositions de la directive services.

10. L'UVK a estimé nécessaire, aux fins de la solution du litige, de soumettre à la Cour de justice cinq questions préjudicielles, qui s'énoncent comme suit:

« 1) L'article 2, paragraphe 8, 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, 89/665/CEE, doit-il être interprété en ce sens que l'Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten remplit les conditions requises pour être considéré comme instance responsable des procédures de recours en matière de services?

2) Des dispositions, ou d'autres dispositions, de la directive 89/665/CEE du

⁸ — *LGBl.* n° 58/1997.

- Conseil 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, desquelles découle un droit individuel à la mise en œuvre d'une procédure de recours devant les autorités ou juridictions correspondant aux dispositions de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665/CEE, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles sont suffisamment déterminées et concrètes pour permettre à un particulier, en cas de non-transposition de la directive en cause par l'État membre, de lui opposer ce droit avec succès dans une procédure?
- 3) Les dispositions combinées de l'article 41 de la directive 92/50/CEE et de la directive 89/665/CEE, qui fondent un droit des particuliers à la mise en œuvre d'une procédure de recours, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'une juridiction nationale qui a les compétences de l'Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten peut, lors de la mise en œuvre d'une procédure de recours en vertu des dispositions du droit national, telles celles des articles 59 et suivants du Kärntner Auftragsvergabe-gesetz (loi du Land de Carinthie sur la passation des marchés publics) et des règlements adoptés en vertu de ce dernier, écarter les dispositions du droit national lorsque la mise en œuvre d'une procédure de recours au titre du Kärntner Auftragsvergabe-gesetz y fait obstacle pour l'attribution de marchés publics de services et, par conséquent, mettre néanmoins en œuvre une procédure de recours au titre de la huitième section du Kärntner Auftragsvergabe-gesetz?
- 4) Les prestations visées dans l'exposé des faits doivent-elles être considérées, au vu de l'article 10 de la directive 92/50/CEE, comme des services figurant à l'annexe I A de la directive 92/50/CEE, catégorie 12 (services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques)?
- 5) Les dispositions de la directive 92/50/CEE doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles remplissent les conditions définies sous le point 12 de l'arrêt van Duyn du 14 décembre 1974 concernant l'application directe d'une directive communautaire, de sorte que les services figurant à l'annexe I A de la directive doivent être attribués dans le cadre de la procédure y visée, ou que les dispositions de la directive, afférentes aux services visés à l'annexe I A, sont de nature à remplir les conditions définies dans l'arrêt précité? »

Sur la recevabilité et sur la première question préjudicielle

11. Préalablement à l'appréciation des questions, il convient de vérifier si l'UVK est compétent pour saisir la Cour de justice dans le cadre de la procédure préjudicielle. Il y a lieu d'observer à cet égard que dans la présente procédure, comme dans l'affaire Köl-

lensperger⁹, on retrouve une certaine confusion, tant dans l'ordonnance de renvoi que dans les observations présentées par les parties, entre les conditions susceptibles de se rapporter, de manière générale, à la notion de « juridiction », figurant à l'article 177 du traité et celles, spéciales, prévues à l'article 2, paragraphe 8, précité de la directive recours. Rappelons, pour la commodité de lecture, que ces dernières concernent la composition et le fonctionnement de l'organisme indépendant appelé à statuer, en deuxième instance, sur la légalité des mesures d'adjudication des marchés publics.

12. Cela posé, précisons tout de suite que nous ne partageons pas les doutes émis — en vérité uniquement par la partie défenderesse au principal — sur la compétence de l'UVK pour soumettre des questions préjudicielles à la Cour. Nous estimons en effet que cet organisme possède toutes les qualités requises, à la lumière de la jurisprudence¹⁰, pour que lui soit reconnue la qualité de juridiction au sens de l'article 177¹¹.

13. L'UVK, chambre administrative indépendante au sens de l'article 129 de la Constitution autrichienne¹², a été institué par le Kärnt VerwSG, précité. Cette loi et le Kärnt AVG qui lui est connexe attribuent à l'UVK une compétence exclusive pour examiner, sur requête de l'une des parties, la légalité des mesures prises par l'administration, y compris celles relatives à la passation des marchés publics. L'UVK a le pouvoir d'annuler les mesures d'adjudication et d'ordonner des mesures provisoires (article 61 du Kärnt AVG). Il ressort de ces dispositions que l'UVK a une origine légale et que sa juridiction est obligatoire. En outre, on ne saurait lui contester le caractère permanent, étant donné que l'UVK siège de manière stable, nonobstant à cet égard le fait que ses membres, y compris ceux provenant de l'administration, restent en charge pour un nombre limité d'années. Il ne fait pas de doute, également, que l'organisme en question applique des règles de droit, puisque sa composition et son fonctionnement sont réglés par la loi générale sur les chambres administratives indépendantes (Kärnt VerwSG) et par la loi sur la passation des marchés publics (Kärnt AVG).

Également respectée est la condition du caractère contradictoire de la procédure, tel

9 — C-103/97, affaire encore pendante devant la Cour pour laquelle nous avons présenté nos conclusions à l'audience du 24 septembre 1998.

10 — Voir, notamment, les arrêts du 30 juin 1966, Vaassen Gobbels (61/65, Rec. p. 377); 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 e.a. (C-393/92, Rec. p. I-1477), et du 17 septembre 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961).

11 — A la lumière de la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte d'une multiplicité d'éléments et, plus précisément, de l'origine légale de l'organe, de son caractère permanent, du caractère obligatoire de sa juridiction, du caractère contradictoire de la procédure, du fait que l'organe applique des règles juridiques et réponde aux conditions d'impartialité et d'indépendance.

12 — La disposition citée du texte prévoit que les chambres administratives indépendantes des Länder et la cour administrative de Vienne sont chargées de garantir la légalité de l'action administrative. A l'article 129 a, paragraphe 1, suivant, la Constitution énumère les différentes compétences des chambres, qui ne doivent être saisies qu'après épuisement des recours administratifs. Parmi celles-ci, la compétence de statuer sur les recours de particuliers qui prétendent avoir été lésés dans leurs droits du fait de l'exercice du pouvoir administratif (paragraphe 1), et celle de statuer dans toutes les autres matières dévolues par les lois fédérales du Land qui concernent les différents domaines de l'action administrative (paragraphe 3).

qu'il est entendu par la Cour¹³. S'applique en effet en l'espèce, à travers le renvoi opéré par l'article 59, paragraphe 2 du Kärnt VerwSG, la loi générale relative à la procédure devant les tribunaux administratifs¹⁴, qui fait obligation de respecter le principe du contradictoire. Cette conclusion est en outre indirectement confirmée par la loi instituant l'UVK, qui prévoit, en son article 13, paragraphe 5, la tenue d'une procédure orale sous la direction du président, à l'occasion de laquelle les parties ont le droit d'être entendues.

14. Des doutes ont également été émis au cours de la procédure écrite sur le point de savoir si les dispositions réglant la composition et le fonctionnement de l'UVK sont conformes à l'exigence d'indépendance de l'organe juridictionnel. Nous estimons toutefois, à la différence de nos observations dans l'affaire Köllensperger, précitée¹⁵, qu'en l'espèce ces doutes ne sont pas fondés. Il ressort en effet de l'analyse de la réglementation applicable que l'UVK jouit pleinement d'un statut d'indépendance qui lui permet d'exercer la fonction juridictionnelle à l'abri de pressions et d'ingérences indues, spécialement de la part du pouvoir exécutif.

L'indépendance et la qualité de tiers de l'UVK sont garanties, tout d'abord, par les dis-

positions constitutionnelles pertinentes. L'article 129 b, paragraphe 2, du Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG, loi constitutionnelle fédérale) établit de manière claire que, dans l'exécution des missions qui leur sont confiées par la Constitution elle-même et par les lois des Länder, les membres des chambres administratives indépendantes ne sauraient recevoir d'instructions. La même disposition précise que les affaires doivent être distribuées à titre préliminaire entre les membres composant la chambre pour une période qui est fixée par la loi du Land. Une affaire attribuée, au titre de cette distribution, à l'un des membres composant la chambre ne peut ensuite lui être retirée, sauf par décision du président et pour un motif d'empêchement sérieux. Au paragraphe 3, on prévoit en outre qu'avant l'échéance du mandat les membres de la chambre ne peuvent être révoqués que dans les cas expressément prévus par la loi et qu'une décision collégiale de la chambre elle-même est nécessaire à cette fin. En vertu du paragraphe suivant, les membres composant la chambre ne peuvent exercer aucune activité de nature à susciter des doutes quant à leur indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. Il y a lieu en outre d'ajouter que l'article 5 du Kärnt VerwSG, en tant qu'il prévoit que les membres de l'UVK exercent leurs fonctions en pleine indépendance et ne peuvent recevoir d'instructions, confirme les garanties déjà prévues par le texte constitutionnel.

Pour toutes ces considérations, nous estimons que le régime applicable à l'UVK répond pleinement aux exigences d'indépendance et d'impartialité nécessaires aux fins d'un exercice correct de la fonction juridictionnelle.

13 — Étant entendu que « l'exigence d'une procédure contradictoire n'est pas un critère absolu », la Cour a, dans l'arrêt Dorsch Consult, précité, point 31, estimé qu'il suffisait que les parties à la procédure soient entendues par l'organe compétent aux fins du contrôle de la passation des marchés publics avant que celui-ci rende une décision.

14 — Voir la partie II, articles 37 et suiv., du *Verwaltungsverfahrensgesetz* [loi générale relative à la procédure devant les tribunaux administratifs (*BGBI.* n° 51/1991)].

15 — Voir les points 22 à 31 de nos conclusions.

15. En l'absence de motifs pouvant faire douter de la qualité de juridiction de l'UVK, les questions soumises à la Cour par cet organisme, chargé par la législation du Land de Carinthie de statuer sur la légalité des procédures de passation des marchés, doivent être tenues pour recevables.

de base. Ce n'est que lorsque l'État membre adopte ce système « à deux niveaux » que la deuxième partie de l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours trouve à s'appliquer et donc que doivent être respectées les conditions se rapportant à la composition et au fonctionnement de l'organe indépendant. Il en résulte que la réglementation qui organise la structure et l'activité de l'UVK ne doit pas être appréciée à la lumière des conditions spéciales indiquées à l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours¹⁷.

16. Cette conclusion revêt une importance déterminante également aux fins de la réponse à la première question préjudicielle. Elle permet en effet de considérer comme dépourvue de pertinence la vérification demandée par l'UVK de la conformité de la réglementation concernant sa composition et son fonctionnement avec les exigences visées à l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours. Cela pour les motifs exposés dans nos conclusions relatives à l'affaire Köllensperger¹⁶: à savoir, étant donné que dans la loi autrichienne la mission de se prononcer sur des procédures de recours a été attribuée en première et dernière instance à un organe qui est une « juridiction » au sens de l'article 177 du traité, alors que l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours s'applique dans son intégralité exclusivement au cas où les États membres préfèrent — comme ils en ont la faculté — adopter un système de contrôle à deux niveaux, avec une décision, en première instance, d'un organe de base qui n'est pas une « juridiction » et, en deuxième instance, d'un organe « juridictionnel » indépendant tant de l'autorité adjudicatrice que de l'organe

17. Nous proposons donc de répondre à la première question de la manière suivante: l'article 2, paragraphe 8, de la directive recours doit être interprété en ce sens que les conditions qui y figurent concernent exclusivement la composition des organes 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. La disposition en cause n'est dès lors pas pertinente pour apprécier la composition et le fonctionnement de la chambre administrative indépendante du Land de Carinthie, s'agissant d'un organisme juridictionnel compétent pour statuer, en première et dernière instance sur les mesures d'adjudication des marchés publics.

16 — Conclusions précitées, points 34 à 43, auxquels nous renvoyons pour une analyse plus détaillée.

17 — Dans les conclusions relatives au cas Köllensperger, nous avons indiqué, aux points cités dans la note précédente, ce que nous croyons être la ratio d'une disposition qui ne brille certainement pas par la clarté de son exposé.

Sur la deuxième et sur la troisième question préjudicielle

18. Les deuxième et troisième questions préjudicielles, qui peuvent être examinées conjointement, portent sur la compétence de l'UVK pour connaître des recours relatifs aux procédures de passation des marchés de services même à défaut de dispositions nationales spécifiques de transposition de la directive services. Rappelons que cette dernière, en son article 41, a modifié la directive recours pour inclure dans son champ d'application également les procédures en matière de passation des marchés publics de services.

19. La loi autrichienne de mise en œuvre de la directive services est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1997, soit plus de deux ans après l'échéance du délai prescrit. A cause de ce retard, l'adjudication du marché en cause dans la procédure au principal est intervenue en conformité de dispositions nationales incompatibles avec celles de la directive services. L'entreprise requérante dans le procès a quo a donc formé un recours devant l'UVK, organisme auquel, au moment des faits, la loi interne attribuait compétence uniquement pour connaître des recours concernant la passation des marchés de fournitures et de travaux.

20. La juridiction a quo souhaite donc savoir si, nonobstant l'absence de transposition, il existe un droit pour le particulier d'accéder aux procédures prévues à l'article 2, para-

graphe 8, de la directive recours également pour ce qui concerne la passation d'un marché de services. En cas de réponse positive, le juge de renvoi demande à la Cour si ce droit peut être exercé devant un organisme auquel, à la date des faits, la législation nationale n'attribuait de compétence que pour connaître des recours en matière de procédures de passation de marchés publics de travaux et de fournitures.

21. L'affaire présentement en cause présente des analogies évidentes avec celle qui a fait l'objet des affaires Dorsch Consult, précitée, et Tögel¹⁸. En particulier, les deuxième et troisième questions soumises à la Cour par l'UVK sont tout à fait identiques aux première et deuxième questions soumises par le Bundesvergabeamt dans l'affaire Tögel.

22. Dans les arrêts précités, la Cour est parvenue à des conclusions que nous estimons pouvoir partager. Elle a affirmé qu'« il ne découle pas de l'article 41 de la [directive recours] que, en l'absence de transposition de cette directive à l'échéance du délai prévu à cet effet, les instances de recours des États membres compétentes en matière de procédure de passation de marchés publics de travaux et de fournitures sont également habilitées à connaître des recours relatifs à des

18 — Arrêt du 24 septembre 1998 (C-76/97, Rec. p. I-5357).

procédures de passation de marchés publics de services »¹⁹; il appartient en effet, à titre de principe, à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels tirant leur origine du droit communautaire²⁰.

A partir de ces prémisses, la Cour a affirmé que l'article 41 de la directive services, tout en obligeant les États membres à prendre les mesures nécessaires pour garantir des recours efficaces en matière de marchés publics de services, n'indique ni quelles doivent être les instances nationales compétentes ni qu'il doit s'agir des mêmes instances que celles qui ont compétence en matière de marchés publics de travaux et de fournitures²¹.

La Cour a toutefois ajouté qu'il appartient à la juridiction nationale, dans le respect de l'obligation qui s'impose à elle d'interpréter les dispositions nationales de manière conforme aux dispositions de la directive services ainsi que de l'obligation d'assurer la protection plus ample des droits des particuliers, de vérifier si les dispositions pertinentes

du droit national permettent néanmoins de reconnaître aux particuliers un droit de recours en matière de passation de marchés publics de services. Les dispositions de fond de la directive services pourraient alors, en ce qu'elles sont dotées de l'effet direct²², être invoquées en justice à l'encontre de l'État défaillant. La juridiction nationale est tenue de vérifier si ce droit de recours peut être exercé devant les mêmes instances que celles prévues en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux²³. Ajoutons toutefois que dans le cas d'espèce qui nous occupe, il apparaît problématique de parvenir à une conclusion de ce genre: comme on l'a précédemment observé, le texte de la loi autrichienne, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1997, exclut en effet expressément l'application de la directive services aux procédures déjà en cours.

La Cour a en outre précisé que, si les dispositions nationales ne peuvent pas être interprétées de manière conforme à la directive services, les intéressés peuvent demander, selon les procédures appropriées du droit national, la réparation des dommages subis en raison de l'absence de transposition de la directive dans le délai prescrit²⁴.

23. La solution à laquelle est parvenue la Cour dans les affaires précitées s'adapte parfaitement au cas d'espèce faisant l'objet de la présente procédure, où il est précisément question de la compétence de l'organisme, chargé par la législation autrichienne de statuer sur

19 — Arrêt Dorsch Consult, point 46; arrêt Tögel, point 28.

20 — Voir l'arrêt Dorsch Consult, point 40, et les conclusions de l'avocat général M. Tesauro, point 47. Voir également l'arrêt Tögel, point 22.

21 — Arrêt Dorsch Consult, point 41; arrêt Tögel, point 23.

22 — Sur ce point, voir nos développements ci-après, points 28 et suiv.

23 — Arrêt Dorsch Consult, point 46; arrêt Tögel, point 28.

24 — Arrêt Dorsch Consult, point 45; arrêt Tögel, point 27.

des recours concernant l'adjudication de marchés en matière de travaux et de fournitures, à connaître également de recours en matière de services. Nous proposons donc de répondre aux deuxième et troisième questions préjudicielles soumises par l'UVK de la manière suivante: ni l'article 2, paragraphe 8, ni d'autres dispositions de la directive recours ne peuvent être interprétés en ce sens que, en l'absence de mesures nationales de transposition dans le délai prévu à cet effet, les instances de recours des États membres compétentes en matière de procédures de passation de marchés publics de travaux et de fournitures sont habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation de marchés publics de services. Toutefois, les exigences d'une interprétation du droit national conforme à la directive services et d'une protection effective des droits des justiciables imposent à la juridiction nationale de vérifier si les dispositions pertinentes du droit national permettent de reconnaître aux justiciables un droit de recours en matière de passation de marchés publics de services.

Sur la quatrième et sur la cinquième question préjudicielle

24. Les quatrième et cinquième questions préjudicielles concernent l'interprétation de certaines dispositions de la directive recours. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande à la Cour si le service faisant l'objet de l'appel d'offres de la Landeskrankeanstalten-Betriebsgesellschaft rentre dans la catégorie 12 de l'annexe I/A de la directive services. Un tel encadrement aurait pour conséquence, le cas échéant, de soumettre la

passation du marché aux procédures visées aux titres III, IV, V et VI de la directive services.

Rappelons que la catégorie 12 comprend les services d'architecture et d'ingénierie, y compris les services intégrés d'ingénierie, les services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère, les services connexes de consultations scientifiques et techniques, et ceux d'essais et d'analyses techniques. Cette dernière catégorie correspond à la position 867 de la nomenclature adoptée au niveau des Nations unies pour la classification commune des produits (CPC).

25. Nous partageons l'opinion, exprimée par toutes les parties intervenues dans la procédure, suivant laquelle les services en cause dans la procédure au principal doivent être qualifiés de « services d'ingénierie », tels que visés à la catégorie 12. L'avis relatif au marché faisant l'objet de la procédure a quo se référerait en effet à des travaux d'élaboration et d'exécution, concernant la construction d'une clinique pédiatrique à l'intérieur de l'hôpital régional de Klagenfurt, comprenant des équipements ambulatoires, un bloc opératoire, un laboratoire de radiologie ainsi que cinq services de pédiatrie interne et un service pédiatrique chirurgical; l'avis portait en outre sur des services d'élaboration de projets concernant les installations sanitaires, de chauffage et d'aération avec système de climatisation, les installations électriques basse et haute tensions, ainsi que des services concernant « l'élaboration statique et la construction » et l'élaboration de projets d'installations médicales. Tous ces services peuvent à l'évidence être considérés comme des « services d'ingé-

nerie » et des « services connexes de consultations scientifiques et techniques » visés à la catégorie 12. Ils rentrent par conséquent pleinement dans le champ d'application de la directive services, raison pour laquelle les marchés ayant pour objet lesdits services doivent être adjugés conformément aux dispositions des titres III à VI de la directive services.

26. Enfin, par sa cinquième question, l'UVK demande à la Cour de se prononcer sur l'effet direct des dispositions de la directive services. Alors que, dans le texte de la question, l'UVK se réfère de manière générale à la directive, dans la motivation de l'ordonnance de renvoi, il n'est expressément fait référence qu'aux articles 1^{er} à 7.

27. On sait que, suivant une jurisprudence constante²⁵, pour qu'un particulier puisse faire valoir en justice, à l'encontre de l'État, les dispositions contenues dans une directive non transposée ou transposée de manière incorrecte, il est nécessaire que celles-ci se présentent, du point de vue du contenu, comme inconditionnelles et suffisamment claires et précises.

28. Cette cinquième question correspond à la deuxième partie de la troisième question sou-

mise à la Cour dans l'affaire Tögel. Dans son arrêt rendu le 24 septembre 1998, la Cour a affirmé que les dispositions de la directive services peuvent être invoquées directement par les particuliers devant les juridictions nationales²⁶. Nous ne voyons pas de raison de ne pas partager cette solution, fondée sur l'analyse du texte de la directive. Les dispositions du titre I, concernant le champ d'application matériel et personnel de la directive (articles 1^{er} à 7), bien que n'étant pas, en tant que telles, aptes à créer des droits au profit des particuliers, sont néanmoins indispensables pour identifier les bénéficiaires des droits et les débiteurs d'obligations au titre de la directive, de sorte que, combinées aux dispositions de fond, elles peuvent directement être invoquées en justice.

Quant aux dispositions du titre II (articles 8 à 10), concernant les procédures applicables aux services énumérés dans les annexes I A et I B, elles obligent les pouvoirs adjudicateurs à se conformer aux procédures visées aux titres III à VI, pour ce qui concerne les services énumérés à l'annexe I A, et à celles visées aux articles 14 et 16 pour ce qui concerne les services énumérés à l'annexe I B. Les dispositions présentement en cause ne sont soumises à aucune condition et sont suffisamment claires et précises pour attribuer aux particuliers des positions juridiques subjectives susceptibles d'être invoquées en justice.

25 — Voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts du 4 décembre 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337, point 12); du 19 janvier 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53, point 25), et du 20 septembre 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635, point 40).

26 — Arrêt précité, points 41 à 47. Voir également les conclusions de l'avocat général M. Fennelly, du 2 avril 1998, points 49 à 57.

La même conclusion vaut, en principe, pour les dispositions contenues dans les titres suivants. Ceux-ci se réfèrent au « choix des procédures de passation et règles applicables aux concours » (titre III), aux « règles communes dans le domaine technique » (titre IV), aux « règles communes de publicité » (titre V) et aux « règles communes de participation » (titre VI). Les dispositions précitées spécifient en détail les obligations imposées aux pouvoirs adjudicateurs dans la préparation et le déroulement des appels d'offres. Le respect des règles y indiquées peut donc être directement invoqué par un particulier devant les juridictions compétentes ²⁷.

titres précités qui, de par leur libellé, ne sont ni claires, ni précises, ni inconditionnelles est justifiée par la circonstance qu'une analyse détaillée de l'intégralité du texte des titres que nous venons de rappeler n'était pas requise eu égard à la spécificité des faits de la cause. La vérification de l'effet direct de certaines dispositions de ces titres ne peut en effet résulter que d'une demande préjudicielle par laquelle la juridiction de renvoi sollicite un tel examen de manière concrète ²⁹.

Il y a toutefois lieu d'ajouter que dans l'arrêt Tögel, la Cour, reprenant à son compte la position prise par l'avocat général, a affirmé que dans la partie de la directive présentement prise en considération on rencontre des dispositions — toutefois non autrement déterminées — qui ne sont ni claires, ni précises, ni inconditionnelles et qui, dès lors, ne pourraient être invoquées directement en justice ²⁸. La conclusion suivant laquelle ne sont pas dotées de l'effet direct les dispositions des

Dans la présente affaire, on peut soutenir à plus forte raison une conclusion de ce genre: en premier lieu, il ne ressort pas des faits de la cause une nécessité d'interpréter de manière spécifique toutes les dispositions de la directive contenues dans les titres que nous venons de mentionner (en tout, vingt-sept articles). En second lieu, on déduit de la motivation — bien que laconique — de l'ordonnance de renvoi, que l'intérêt du juge apparaît limité aux articles figurant dans la première partie de la directive. Pour ces raisons, bien que nourrissant des doutes sur la nécessité effective de fournir une réponse à la cinquième question, eu égard à sa généralité pour ce qui est des titres III à VI de la directive services, nous proposons à la Cour de reproduire la solution déjà fournie dans l'arrêt Tögel.

27 — Voir le point 46 de l'arrêt Tögel et les conclusions de l'avocat général M. Fennelly, point 57.

28 — Arrêt Tögel, point 46, ainsi que les conclusions de l'avocat général M. Fennelly, point 57. A titre d'exemple, on peut citer l'article 21 de la directive, qui attribue aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de publier dans le *Journal officiel des Communautés européennes* des avis annonçant les marchés publics de services qui ne sont pas soumis à la publicité obligatoire prévue aux articles 15 et suiv. de la directive services. Il est évident qu'une disposition de ce genre ne produit pas d'effets directs puisqu'elle ne peut pas, par nature, être invoquée directement en justice par un particulier.

29 — Conclusions de l'avocat général M. Fennelly, point 57.

29. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre aux questions préjudicielles à elle soumises par l'Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten, de la manière suivante:

- « 1) L'article 2, paragraphe 8, 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 (ci-après la 'directive recours'), doit être interprété en ce sens que les conditions qui y figurent concernent exclusivement la composition des organes 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 de la chambre administrative indépendante du Land de Carinthie, s'agissant d'un organisme juridictionnel compétent pour statuer, en première et dernière instance sur les mesures d'adjudication des marchés publics.

- 2) Ni l'article 2, paragraphe 8, ni d'autres dispositions de la directive recours ne peuvent être interprétés en ce sens que, en l'absence de mesures nationales de transposition dans le délai prévu à cet effet, les instances de recours des États membres compétentes en matière de procédures de passation de marchés publics de travaux et de fournitures sont habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation de marchés publics de services. Toutefois, les exigences d'une interprétation du droit national conforme à la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (ci-après la 'directive services'), et d'une protection effective des droits des justiciables imposent à la juridiction nationale de vérifier si les dispositions pertinentes du droit national permettent de reconnaître aux justiciables un droit de recours en matière de passation de marchés publics de services.

- 3) Les prestations faisant l'objet de l'avis de marché publié par la Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft en vue de l'étude d'un projet relatif à la construction de l'hôpital de Klagenfurt sont des services d'ingénierie

qui rentrent dans la catégorie 12 de l'annexe I A de la directive services. Par conséquent, le marché ayant pour objet lesdits services doit être adjudgé conformément aux procédures indiquées aux titres III, IV, V et VI de cette directive.

- 4) Les dispositions des titres I et II de la directive services sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises pour pouvoir être invoquées directement devant les juridictions nationales. Quant aux dispositions des titres III, IV, V et VI, elles peuvent être invoquées par un particulier devant la juridiction nationale pour autant qu'il résulte de leur examen individuel qu'elles sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises. »