

ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)
24 septembre 1998 *

Dans l'affaire C-111/97,

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

EvoBus Austria GmbH

et

Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (Növog),

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14),

LA COUR (sixième chambre),

composée de MM. H. Ragnemalm, président de chambre, G. F. Mancini, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), J. L. Murray et K. M. Ioannou, juges,

* Langue de procédure: l'allemand.

avocat général: M. N. Fennelly,
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour le gouvernement autrichien, par M. Wolf Okresek, Ministerialrat à la chancellerie, en qualité d'agent,

- pour la Commission des Communautés européennes, par M. Hendrik van Lier, conseiller juridique, et M^{me} Claudia Schmidt, membre du service juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de la Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (Növog), représentée par M^e Claus Casati, avocat stagiaire à Vienne, du gouvernement autrichien, représenté par M. Michael Fruhmann, de la chancellerie, en qualité d'agent, et de la Commission, représentée par M. Hendrik van Lier et M^{me} Claudia Schmidt, à l'audience du 12 février 1998,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 2 avril 1998,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par ordonnance du 25 novembre 1996, parvenue à la Cour le 17 mars 1997, le Bundesvergabeamt a posé, en vertu de l'article 177 du traité CE, trois questions

préjudiciables sur l'interprétation de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14).

- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige entre EvoBus Austria GmbH (ci-après « EvoBus ») et la Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (ci-après « Növog ») à propos de l'attribution d'un marché public relatif à la fourniture d'autobus.

Le cadre juridique

- 3 La directive 92/13 oblige les États membres à établir, avant le 1^{er} janvier 1993, les procédures adéquates pour vérifier la légalité des procédures de passation des marchés dans les secteurs mentionnés.
- 4 L'article 1^{er} de cette directive est libellé comme suit:

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2, paragraphe 8, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de passation des marchés ou les règles nationales transposant ce droit...

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres veillent à ce que les procédures de recours soient accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite l'application d'une telle procédure ait préalablement informé l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours. »

5 L'article 2 prévoit ensuite:

« 1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^{er} prévoient les pouvoirs permettant:

soit

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice

et

- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis de marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;

soit

- c) de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures que celles prévues aux points a) et b), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.

Les États membres peuvent effectuer ce choix soit pour l'ensemble des entités adjudicatrices, soit pour des catégories d'entités définies sur la base de critères objectifs, en sauvegardant en tout cas l'efficacité des mesures établies afin d'empêcher qu'un préjudice soit causé aux intérêts concernés;

- d) et, dans les deux cas susmentionnés, d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par la violation.

Lorsque des dommages-intérêts sont réclamés au motif qu'une décision a été prise illégalement, les États membres peuvent prévoir, si leur système de droit interne le requiert et s'il dispose d'instances ayant la compétence nécessaire à cet effet, que la décision contestée doit d'abord être annulée ou déclarée illégale.

...

7. Lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise.

8. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

9. 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 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 à l'entité adjudicatrice 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 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. »

6 En Autriche, le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (loi fédérale sur la passation des marchés publics, *BGBL.* n° 463/1993, ci-après le « BVergG »), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, a transposé en droit interne:

— la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), et

— 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).

7 L'article 7, paragraphe 2, du BVergG dispose:

« La présente loi ne s'applique dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications que pour autant que prévu au quatrième chapitre de la troisième partie. Les dispositions de la quatrième partie ne s'appliquent pas aux passations des marchés dans lesdits secteurs. »

8 La quatrième partie du BVergG, portant sur la protection juridique (Rechtsschutz), prévoit une procédure de recours devant le Bundesvergabeamt. Ainsi, l'article 91, paragraphe 3, dispose qu'un recours contre la passation d'un marché public doit être introduit devant le Bundesvergabeamt par un soumissionnaire non retenu dans un délai de deux semaines après qu'il a été informé de l'attribution du marché en cause.

- 9 Dans le quatrième chapitre, intitulé « Dispositions particulières relatives aux entités adjudicatrices dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications », l'article 67, paragraphe 1, du BVergG énonce:

« Seules les dispositions de ce chapitre s'appliquent aux entités adjudicatrices publiques, pour autant qu'elles exercent une activité au sens du paragraphe 2, ainsi qu'aux entités adjudicatrices privées. »

- 10 La directive 92/13 a été transposée en droit interne par la loi fédérale modifiant la loi fédérale sur la passation des marchés publics et la loi sur l'emploi des étrangers (*BGBL* n° 776/1996). Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

Le litige au principal

- 11 Le 18 juillet 1996, EvoBus a demandé au Bundesvergabeamt (Office fédéral des adjudications) de mettre en œuvre une procédure de recours conformément à l'article 91, paragraphe 3, du BVergG. Cette demande concernait la procédure d'adjudication ouverte par Növog pour la livraison de 36 à 46 autobus destinés au service régulier d'autobus express régionaux.
- 12 A l'appui de sa demande, EvoBus faisait valoir que, dans le cadre de cette adjudication, l'offre avait été modifiée a posteriori, de sorte que le prix de rachat des autobus était passé de 34 % à 55 %.

- 13 Dans ces conditions, le Bundesvergabeamt a décidé de suspendre la procédure et de poser les questions suivantes:

« 1) Peut-on déduire de ces dispositions [article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, et article 2, paragraphes 1 et 7 à 9] ou d'autres dispositions de la directive 92/13/CEE du Conseil qu'il existe un droit individuel à la mise en œuvre d'une procédure de contrôle devant les autorités, juridictions ou instances telles que prévues par les dispositions figurant à l'article 2, paragraphe 9, de la directive 92/13/CEE, droit suffisamment déterminé et concret pour permettre à un particulier, en cas de non-transposition de la directive en cause par l'État membre, d'opposer ce droit avec succès à l'État membre en cause dans une procédure?

En cas de réponse affirmative à la première question:

2) Lors de la mise en œuvre d'une procédure de contrôle, une juridiction nationale qui a les compétences du Bundesvergabeamt doit-elle écarter des dispositions du droit national telles que celles de l'article 7, paragraphe 2, du BVergG combinées avec l'article 67, paragraphe 1, du BVergG, qui font obstacle à la mise en œuvre de ladite procédure de contrôle, même lorsque cette procédure doit, de la volonté du législateur national, uniquement viser à la transposition de la directive 89/665/CEE?

En cas de réponse affirmative à la première question:

3) La juridiction de céans doit-elle, dans ces circonstances, ne pas appliquer les dispositions précitées ou des dispositions comparables du droit national, dès lors que celles-ci rendent plus difficile la mise en œuvre effective de la procédure de contrôle ou y font obstacle? »

Sur les première et deuxième questions

- 14 Par les première et deuxième questions, qu'il convient de traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande en substance si les articles 1^{er}, paragraphes 1 à 3, et 2, paragraphes 1 et 7 à 9, ou d'autres dispositions de la directive 92/13 doivent être interprétés en ce sens que, en l'absence d'une transposition de cette directive à l'échéance du 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 également habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation de marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.
- 15 A cet égard, il y a lieu de rappeler tout d'abord que, dans l'arrêt du 17 septembre 1997 (Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, point 40), la Cour a relevé qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective de ces droits. Sous cette réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire.
- 16 Il y a lieu d'observer ensuite que l'article 1^{er} de la directive 92/13, tout en obligeant les États membres à prendre les mesures nécessaires pour garantir des recours efficaces en matière de marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, n'indique pas les instances nationales compétentes et n'exige pas non plus que ces instances soient les mêmes que celles

que les États membres ont désignées en matière de marchés publics de travaux et de fournitures.

- 17 Il est constant que, à la date à laquelle EvoBus a introduit le recours devant le Bundesvergabeamt, soit le 18 juillet 1996, la directive 92/13 n'était pas transposée en droit autrichien.
- 18 Eu égard à de telles circonstances, la Cour a rappelé, au point 43 de l'arrêt Dorsch Consult, précité, que l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité CE, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit que, en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité CE (voir arrêts du 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8; du 16 décembre 1993, Wagner Miret, C-334/92, Rec. p. I-6911, point 20, et du 14 juillet 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, point 26).
- 19 Cette obligation impose à la juridiction nationale de vérifier si les dispositions pertinentes de droit national permettent de reconnaître aux justiciables un droit de recours en matière de passation de marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Dans des circonstances telles que celles de l'espèce au principal, la juridiction nationale est tenue en particulier de vérifier si ce droit de recours peut s'exercer devant les mêmes instances que celles prévues en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux (voir arrêt Dorsch Consult, précité, point 46, in fine).

- 20 En l'espèce au principal, il est toutefois constant que, selon les articles 7, paragraphe 2, et 67, paragraphe 1, du BVergG, les entités adjudicatrices au sens de l'article 67, paragraphe 2, de cette loi sont explicitement exclues du système de recours mis en place par cette loi en application de la directive 89/665.
- 21 Dans ces conditions, il y a lieu de rappeler que, si les dispositions nationales ne peuvent pas être interprétées de manière conforme à la directive 92/13, 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 prescrit (arrêt Dorsch Consult, précité, point 45; sur la responsabilité des États membres en cas de non-transposition d'une directive, voir, notamment, arrêts du 19 novembre 1991, Francovich e.a., C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357, et du 8 octobre 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, Rec. p. I-4845).
- 22 Il convient par conséquent de répondre aux première et deuxième questions posées que ni l'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, ni l'article 2, paragraphes 1 et 7 à 9, ni les autres dispositions de la directive 92/13 ne peuvent être interprétés en ce sens que, en l'absence d'une transposition de cette directive à l'échéance du 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 également habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation de marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Toutefois, les exigences d'une interprétation du droit national conforme à la directive 92/13 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 dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. La juridiction nationale est en particulier tenue de vérifier si ce droit de recours peut s'exercer devant les mêmes instances que celles prévues en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux. Si les dispositions nationales ne peuvent pas être interprétées de manière conforme à la directive 92/13, 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 prescrit.

Sur la troisième question

- 23 Vu la réponse donnée aux première et deuxième questions, il n'y a pas lieu de répondre à la troisième question.

Sur les dépens

- 24 Les frais exposés par le gouvernement autrichien et 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 ordonnance du 25 novembre 1996, dit pour droit:

Ni l'article 1^{er}, paragraphes 1 à 3, ni l'article 2, paragraphes 1 et 7 à 9, ni les autres dispositions de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives

relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, ne peuvent être interprétés en ce sens que, en l'absence d'une transposition de cette directive à l'échéance du 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 également habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation de marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Toutefois, les exigences d'une interprétation du droit national conforme à la directive 92/13 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 dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. La juridiction nationale est en particulier tenue de vérifier si ce droit de recours peut s'exercer devant les mêmes instances que celles prévues en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux. Si les dispositions nationales ne peuvent pas être interprétées de manière conforme à la directive 92/13, 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 prescrit.

Ragnemalm

Mancini

Kapteyn

Murray

Ioannou

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 24 septembre 1998.

Le greffier

Le président de la sixième chambre

R. Grass

H. Ragnemalm