ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)
4 février 1999 *

Dans l'affaire C-103/97,

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

Josef Köllensperger GmbH & Co. KG,

Atzwanger AG

et

Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de 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 (JO L 395, p. 33),

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (sixième chambre),

composée de MM. P. J. G. Kapteyn (rapporteur), président de chambre, G. Hirsch, G. F. Mancini, H. Ragnemalm et R. Schintgen, juges,

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

considérant les observations écrites présentées:

— pour le Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, par M^es C. C. Schwaighofer et M. E. Sallinger, avocats à Innsbruck,

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

— pour la Commission des Communautés européennes, par M. H. van Lier, conseiller juridique, et M^me C. Schmidt, membre du service juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales du gouvernement autrichien, représenté par M. M. Fruhmann, de la chancellerie, en qualité d'agent, et de la Commission, représentée par M. H. van Lier et M^me C. Schmidt, à l'audience du 18 juin 1998,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 24 septembre 1998,

rend le présent

Arrêt

1 Par ordonnance du 7 novembre 1996, parvenue à la Cour le 10 mars suivant, le Tiroler Landesvergabeamt (Office des adjudications du Land du Tyrol) a posé, en vertu de l'article 177 du traité CE, deux questions préjudicielles sur l'interprétation de 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 (JO L 395, p. 33).

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Josef Köllensperger GmbH & Co. KG (ci-après « Köllensperger ») et Atzwanger AG (ci-après « Atzwanger ») au Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (syndicat intercommunal de l'hôpital de Schwaz) à propos de l'adjudication des travaux d'agrandissement du centre hospitalier de Schwaz.

3 La directive 89/665 vise à assurer une application efficace et aussi rapide que possible des directives communautaires en matière de marchés publics. Comme les voies de recours qui existaient en général dans ce domaine, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, ne semblaient pas suffisantes et que les directives individuelles ne prévoyaient pas de voies de recours spécifiques, cette directive a fait obligation aux États membres de mettre en vigueur, avant le 21 décembre 1991, des procédures de recours adéquates en cas d'illégalité des procédures de passation de marchés publics (articles 1er, paragraphe 1, et 5).

4 Aux termes de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665,

« 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 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 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 En Autriche, la directive 89/665 a été transposée au niveau fédéral par le Bundesvergabegesetz (loi fédérale sur la passation des marchés publics, ci-après le « BVergG »). Cette loi prévoit deux procédures: une procédure de conciliation devant la Bundesvergabekontrollkommission (Commission fédérale de contrôle des adjudications) et une procédure devant le Bundesvergabeamt (Office fédéral des adjudications).

6 Dans le Land du Tyrol, c'est le Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (loi du Land du Tyrol sur la passation des marchés publics, ci-après le « Tir VergG ») qui a opéré la transposition. Cette loi donne compétence au Tiroler Landesvergabeamt pour statuer sur les recours dans le cadre des procédures de passation de marchés publics de fournitures, de travaux et de concessions.

7 L'article 6 du Tir VergG dispose:

« 1) Le Landesvergabeamt est institué auprès de l'Amt der Tiroler Landesregierung (service du gouvernement du Land du Tyrol). Il est composé des personnes suivantes:

a) en qualité de président: une personne connaissant bien les questions en matière de passation de marchés publics,

b) en qualité de rapporteur: un juriste, fonctionnaire auprès de l'Amt der Tiroler Landesregierung,

c) un membre de la magistrature,

d) un membre de la Wirtschaftskammer Tirol (chambre économique du Tyrol), un membre de l'Architekten- und Ingenieurkonsultenkammer für Tirol und Vorarlberg (chambre des architectes et des ingénieurs-conseils du Tyrol et du Vorarlberg), un membre de la Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol (chambre des ouvriers et des employés du Tyrol) et un membre de la Tiroler Gemeindeverband (association des communes du Tyrol), chacune de ces personnes devant être proposée par les organismes susmentionnés et devant bien connaître les questions en matière de passation des marchés publics.

...

3) Les membres du Landesvergabeamt sont nommés par le gouvernement du Land pour une durée de cinq ans. Ils doivent être éligibles au Landtag. En ce qui concerne les membres visés au paragraphe 1, sous d), et au paragraphe 2,

le gouvernement du Land invite les services habilités à formuler une proposition, dans un délai raisonnable qu'il convient de fixer. Si cette proposition n'est pas faite dans les délais, il convient de procéder à la nomination sans qu'il y ait eu proposition. Le président de l'Oberlandesgericht Innsbruck sera entendu avant qu'il soit procédé à la nomination du membre visé au paragraphe 1, sous c). Chaque membre aura un remplaçant nommé de la même façon. En cas d'empêchement, chaque membre sera représenté par son remplaçant.

4) Un membre ou un membre remplaçant cesse d'exercer ses fonctions de manière anticipée, par renonciation à la nomination ou retrait de celle-ci, un membre au titre du paragraphe 1, sous b) et c), cesse d'exercer ses fonctions également lorsqu'il quitte son service ou sa profession. La renonciation doit être faite par écrit au gouvernement du Land. ... La nomination doit être annulée lorsque les conditions de ladite nomination ne sont plus remplies ou lorsqu'apparaissent des éléments entravant de façon probablement durable l'exercice régulier des fonctions. Si un membre ou membre remplaçant cesse d'exercer ses fonctions de manière anticipée, un nouveau membre ou membre remplaçant doit immédiatement être nommé pour la durée restante du mandat restant à courir.

...

6) Le Landesvergabeamt peut prendre des décisions 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 sont présents. Il prend ses décisions à la majorité simple des voix. En cas d'égalité des voix, la voix du président est prépondérante. L'abstention n'est pas autorisée.

7) Les membres du Landesvergabeamt ne sont tenus par aucune instruction dans l'exercice de leurs fonctions. Leurs décisions ne peuvent pas être abrogées ou modifiées par voie administrative.

8) Les travaux de greffe du Landesvergabeamt sont effectués par l'Amt der Tiroler Landesregierung. »

8 Le 6 avril 1995, Köllensperger et Atzwanger ont introduit un recours devant le Tiroler Landesvergabeamt en vue d'obtenir l'annulation de l'adjudication des travaux d'agrandissement du centre hospitalier de Schwaz, pour violation du Tir VergG.

9 Par décision du 27 juin 1995, le Tiroler Landesvergabeamt a rejeté le recours au motif que le marché avait été adjugé à la société ayant présenté la meilleure offre. Pour le Tiroler Landesvergabeamt, il en résultait que, même si les dispositions du Tir VergG avaient été respectées par le pouvoir adjudicateur, le marché n'aurait en tout état de cause pas été attribué à Köllensperger et à Atzwanger.

10 Ces dernières sociétés ont alors porté leur recours devant le Verfassungsgerichtshof.

11 Le 12 juin 1996, le Verfassungsgerichtshof a annulé la décision du Tiroler Landesvergabeamt au motif que, à la date à laquelle ce dernier avait rendu sa décision, le 27 juin 1995, sa composition ne satisfaisait pas aux conditions requises par l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665.

12 Selon le Verfassungsgerichtshof, le président de cette instance — un ingénieur — ne possédait pas les qualifications juridiques et professionnelles nécessaires pour exercer la fonction de juge, de sorte que la décision du 27 juin 1995 avait violé le droit, garanti par la Constitution, des sociétés demanderesses à une procédure devant le juge naturel.

13 Le 16 juillet 1996, le président du Tiroler Landesvergabeamt qui siégeait au moment de la décision litigieuse a renoncé à son poste avec effet au 12 juillet et un nouveau président a été nommé par la Tiroler Landesregierung.

14 Après reprise de la procédure devant le Tiroler Landesvergabeamt, le Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz a fait valoir que la composition de cette instance n'était toujours pas conforme à la directive 89/665.

15 Éprouvant des doutes quant aux membres visés à l'article 6, paragraphe 1, sous d), du Tir VergG, le Tiroler Landesvergabeamt 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 Tirol sur la passation des marchés publics) du 6 juillet 1994, *(Landesgesetzblatt für Tirol) (Journal officiel du Land du Tyrol)* n° 87/1994, constitue une instance responsable des procédures de recours au sens de l'article 2, paragraphe 8, de la directive?

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 1er? »

Sur la recevabilité des questions préjudicielles

16 A titre liminaire, il convient de se demander si le Tiroler Landesvergabeamt constitue une juridiction au sens de l'article 177 du traité et, partant, si ses questions sont recevables.

17 A cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère de juridiction au sens de l'article 177 du traité, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance (voir, en dernier lieu, arrêt du 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, point 23, et arrêts du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 377; du 11 juin 1987, Pretore di Salò/X, 14/86, Rec. p. 2545, point 7; du 17 octobre 1989, Danfoss, 109/88, Rec. p. 3199, points 7 et 8; du 27 avril 1994, Almelo e.a., C-393/92, Rec. p. I-1477, point 21, et du 19 octobre 1995, Job Centre, C-111/94, Rec. p. I-3361, point 9).

18 Les cinq premiers critères ne font pas de doute. En effet, il ressort des dispositions de l'article 6 du Tir VergG, régissant sa composition et son fonctionnement, que le Tiroler Landesvergabeamt y répond.

19 En revanche, il n'apparaît pas de manière évidente que la condition de l'indépendance soit remplie.

20 En effet, comme l'a observé M. l'avocat général au point 25 de ses conclusions, le Tir VergG ne contient pas de dispositions spécifiques sur la récusation et l'abstention des membres du Tiroler Landesvergabeamt.

21 En outre, l'expression figurant à l'article 6, paragraphe 4, du Tir VergG quant à la révocation des membres « lorsqu'apparaissent des éléments entravant de façon probablement durable l'exercice régulier des fonctions » paraît, de prime abord, trop vague pour donner des garanties contre des interventions ou pressions indues de la part du pouvoir exécutif.

22 A cet égard, il convient de relever, en premier lieu, que, dans son article 5, paragraphe 2, le Tir VergG prévoit de manière explicite que, s'il n'en est pas disposé autrement, l'Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz de 1991 (loi sur la procédure administrative générale) s'applique à la procédure de contrôle des procédures d'adjudication. Or, cette loi contient des dispositions très précises sur les circonstances dans lesquelles les membres de l'organe concerné doivent s'abstenir. De plus, selon la jurisprudence du Verwaltungsgerichtshof, la méconnaissance de cette obligation constitue un vice de forme dont les intéressés peuvent se prévaloir en justice.

23 En second lieu, il convient de se référer à l'article 6, paragraphe 7, du Tir VergG. En interdisant de manière explicite toute instruction des membres du Tiroler Landesvergabeamt dans l'exercice de leurs fonctions, cette disposition reprend l'article 20 de la Constitution fédérale autrichienne relative à l'indépendance des membres des autorités collégiales ayant un caractère juridictionnel, autorités dont fait partie le Tiroler Landesvergabeamt.

24 La lecture combinée de ces règles s'oppose ainsi à la conclusion selon laquelle l'article 6, paragraphe 4, du Tir VergG ne garantirait pas l'indépendance des membres du Landesvergabeamt. Il n'appartient pas à la Cour de supposer qu'une telle disposition serait appliquée de manière contraire à la Constitution autrichienne et aux principes d'un État de droit.

25 Il résulte de ce qui précède que le Tiroler Landesvergabeamt doit être considéré comme une juridiction au sens de l'article 177 du traité et que ses questions sont recevables.

Sur les questions préjudicielles

26 Par ses questions, le Tiroler Landesvergabeamt demande en substance si des dispositions telles que celles qui régissent sa composition et son fonctionnement répondent aux conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665.

27 Il y a lieu de rappeler que cette dernière disposition a trait aux organes responsables des procédures de recours contre les décisions prises par les instances de base compétentes aux fins de l'adjudication des marchés publics rentrant dans le champ d'application de la directive 89/665.

28 En vertu de l'article 2, paragraphe 8, premier alinéa, les États membres peuvent choisir entre deux solutions dans l'organisation du système de contrôle des marchés publics.

29 La première solution consiste à attribuer la compétence pour connaître des recours à des instances de nature juridictionnelle. Selon la seconde, cette compétence est, dans un premier temps, attribuée à des organes qui ne constituent pas de telles instances. Dans ce dernier cas, les décisions prises par ces instances doivent pouvoir faire l'objet soit d'un recours juridictionnel, soit d'un recours auprès d'une autre instance, laquelle doit répondre aux exigences particulières prévues à l'article 2, paragraphe 8, second alinéa, de la directive 89/665 afin de garantir un recours adéquat.

30 Il en ressort que, si, comme dans un cas tel que celui de l'espèce au principal, l'instance responsable de recours est de nature juridictionnelle, ces dispositions de garantie ne s'appliquent pas.

31 Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la juridiction de renvoi que les conditions énoncées à l'article 2, paragraphe 8, de la directive 89/665 ne s'appliquent pas à des dispositions telles que celles régissant sa composition et son fonctionnement.

Sur les dépens

32 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 Tiroler Landesvergabeamt, par ordonnance du 7 novembre 1996, dit pour droit:

Les conditions énoncées à 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, ne s'appliquent pas à des dispositions telles que celles régissant la composition et le fonctionnement du Tiroler Landesvergabeamt.

Kaptey Hirsch Mancini

Ragnemalm Schintgen

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 4 février 1999.

Le greffier

R. Grass

Le président de la sixième chambre

P. J. G. Kapteyn