# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 2 avril 1998 *

## I — Introduction

1. La présente affaire concerne l'attribution d'un marché public pour la fourniture d'autobus destinés à un service régulier d'autobus express régionaux en Autriche. Elle soulève notamment des questions concernant les instances compétentes pour contrôler la passation des marchés en cause, l'accessibilité des voies de recours et la mise en œuvre de délais pour introduire des recours lorsque la directive communautaire pertinente n'a pas été mise en œuvre dans les délais requis.

## II — Le contexte légal et factuel

### A — *Le droit communautaire*

2. L'article 1er 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 [1] (ci-après la « directive 92/13 »), tel que modifié, dispose 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 en ce qui concerne:

a) les procédures de passation des marchés relevant de la directive 93/38/CEE [2]

* Langue originale: l'anglais.

1 — JO L 76, p. 14.

2 — Cette disposition se référait à l'origine à la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 297, p. 1). L'article 45, paragraphes 3 et 4, de la directive 93/38/CEE du Conseil, précitée, dispose que la directive 90/531 ne produit plus d'effet à partir de la date de mise en application de ladite directive par les États membres et que les références faites à la directive 90/531 s'entendent comme faites à ladite directive.

et

b) le respect de l'article 3 paragraphe 2 point a) de ladite directive, dans le cas des entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

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. »

L'article 2 de la directive 92/13 dispose, en sa partie pertinente dans la présente affaire, comme suit:

« 1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er 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.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

...

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. »

3. L'article 2 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications [3] (ci-après la « directive 93/38 »), dispose, en sa partie pertinente pour la présente affaire, comme suit:

« 1. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2;

b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs publics ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées au paragraphe 2, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.

2. Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes:

...

c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service ... ».

3 — JO L 199, p. 84.

B — *Leur transposition en droit national*

4. Conformément à l'article 65 ainsi qu'à l'annexe XVI de l'accord sur l'Espace économique européen signé à Porto le 2 mai 1992, la république d'Autriche était tenue de transposer en droit national au plus tard pour le 1er janvier 1994 [4] un certain nombre d'actes communautaires dans le domaine des marchés publics, y compris la directive 90/531 [5] et 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 [6] (ci-après la « directive relative aux voies de recours »). Ces directives ont été transposées au niveau fédéral par le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen [7] (loi fédérale sur la passation des marchés publics), (ci-après le « BVergG »), qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1994. La quatrième partie du BVergG, portant sur la protection juridique (Rechtsschutz), prévoit une procédure de recours devant le Bundesvergabeamt (Office fédéral des adjudications). L'article 92, 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. La deuxième phrase de l'article 7, paragraphe 2, du BVergG a exclu expressément l'application des dispositions de la quatrième partie de la loi précitée aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

5. Conformément à l'article 168 de l'acte du 24 juin 1994 [8] relatif aux conditions d'adhésion du royaume de Norvège, de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède à l'Union européenne et aux adaptations des traités sur lesquels l'Union européenne est fondée, la directive 93/38 et la directive 92/13 devaient être transposées en droit autrichien pour la date de l'adhésion, c'est-à-dire au 1er janvier 1995 [9]. La transposition de la directive 92/13 au niveau fédéral a eu lieu au moyen d'un amendement du BVergG par une loi du 30 décembre 1996 [10], qui a étendu la compétence de contrôle du Bundesvergabeamt à la passation des marchés publics pour les services publics en cause et qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1997, sans modifier les règles applicables aux procédures ayant déjà débuté devant le Bundesvergabeamt.

C — *Faits et procédure*

6. La Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (ci-après « Növog ») est une entité régie par le droit privé. Elle exploite

4 — La date à laquelle l'accord sur l'Espace économique européen est entré en vigueur. C'était une année plus tard que la date prévue initialement par l'article 129, paragraphe 3, dudit accord.

5 — Citée à la note 2.

6 — JO L 395, p. 33.

7 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* n° 462/1993.

8 — JO C 241, p. 21.

9 — La république d'Autriche était déjà tenue de transposer la directive 93/38, qui remplaçait la directive 90/531 en droit national, au plus tôt à partir du 1er juillet 1994 ainsi que de transposer la directive 92/13 au 1er juillet 1994, conformément aux articles 1er et 3 ainsi qu'à l'annexe 14, B, points 4) et 5a) de la décision du Comité mixte de l'EEE n° 7/94, du 21 mars 1994, modifiant le protocole 47 et certaines des annexes de l'accord EEE (JO L 160, p. 1). Toutefois la présente affaire ne porte pas sur la période comprise entre le 1er juillet 1994 et le 1er janvier 1995.

10 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* n° 776/1996.

des services de lignes d'autobus sur la base d'une concession qui lui a été accordée par l'Amt der Niederösterreichischen Landesregierung (Office du gouvernement provincial de Basse-Autriche). Elle bénéficie, selon le Bundesvergabeamt, de droits spéciaux, et relève par conséquent du champ d'application de la directive 93/38 [11]. Puisque Növog exploite un réseau destiné à la fourniture de services de transport public d'autobus, elle est, selon le Bundesvergabeamt, une entité adjudicatrice [12].

7. Par une lettre du 26 avril 1996 adressée à l'Office des publications officielles des Communautés européennes, Növog a ouvert une procédure d'adjudication pour la livraison de 36 à 46 autobus destinés à un service régulier d'autobus express régionaux dans le Land de Basse-Autriche. L'ouverture des offres a eu lieu le 27 juin 1995. Les soumissionnaires non retenus en ont été informés par lettre recommandée dont il a été constaté qu'elle avait été envoyée le 16 novembre 1995. EvoBus Austria GesmbH (ci-après « EvoBus ») a saisi le Bundesvergabeamt le 19 juillet 1996 d'un recours à l'encontre de la procédure d'attribution dudit marché public. EvoBus mettait en cause une modification postérieure de l'offre qui avait été retenue du fait de la modification du prix de rachat des autobus qui était passé de 34 à 55 %.

8. Le Bundesvergabeamt a déféré les questions suivantes à la Cour de justice en vue d'en obtenir une décision à titre préjudiciel, conformément à l'article 177 du traité instituant la Communauté européenne:

« 1) Peut-on déduire de l'article 1[er], paragraphes 1 à 3, de l'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 recours devant les autorités ou juridictions 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 recours, 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, de la Bundesvergabegesetz combinées à son article 67, paragraphe 1, qui font obstacle à la mise en œuvre de ladite procédure de recours, même lorsque cette procédure doit, de la volonté du législateur national, uniquement viser à la transposition de la directive 89/665/CEE?

11 — Voir article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 93/38.
12 — Voir article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38.

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 recours ou y font obstacle? »

9. Des observations écrites et orales ont été présentées par la république d'Autriche et la Commission des Communautés européennes. Des observations orales ont été également présentées par Növog.

## III — Analyse

### A — *Le Bundesvergabeamt est une juridiction*

10. Pour les raisons exposées dans nos conclusions dans l'affaire Walter Tögel [13], qui se fondent sur les conclusions de l'avocat général M. Léger et l'arrêt de la Cour dans l'affaire Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. [14], nous ferons d'abord observer que le Bundesvergabeamt est, selon nous, « une juridiction d'un État membre » au sens de l'article 177 du traité.

### B — *Les première et deuxième questions*

11. Il est constant entre les parties que la directive 92/13 aurait dû avoir été mise en œuvre en Autriche, mais ne l'avait pas été, à la date de l'attribution du marché et à la date à laquelle EvoBus a entendu introduire une procédure de recours, conformément à cette directive, c'est-à-dire le 19 juillet 1996. Dans les première et deuxième questions, la juridiction nationale demande si un justiciable a un droit directement applicable de saisir le Bundesvergabeamt d'un recours tel que prévu à l'article 2 de la directive 92/13, semblable à celui prévu en droit national par la quatrième partie du BVergG, s'agissant de la passation d'un marché public dans le secteur des transports. Dans l'affaire Tögel [15], la Cour a été saisie d'une question formulée de manière presque identique déférée par le Bundesvergabeamt, et concernant l'article 1er, paragraphe 1, de la directive relative aux voies de recours (l'équivalent de l'article 1er, paragraphe 1 de la directive 92/13, dans la mesure où cette directive a été étendue à la passation de marchés publics par l'article 41 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procé-

13 — C-76/97, conclusions présentées ce même jour.

14 — Arrêt du 15 janvier 1998 (C-44/96, Rec. p. I-73, conclusions du 16 septembre 1997, points 34 à 45.

15 — Précitée.

dures de passation des marchés publics de services [16] (ci-après la « directive services »). Les deux affaires diffèrent en ce que le BVergG ne traite pas de la compétence du Bundesvergabeamt en ce qui concerne les services, alors que l'application de la quatrième partie de ladite loi est expressément exclue en ce qui concerne les services publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Pour les raisons exposées ci-après, il est par conséquent nécessaire dans la présente affaire de traiter de manière plus complète la deuxième question concernant les obligations et les restrictions imposées par le droit communautaire lors de l'interprétation d'une législation nationale qui relève du champ d'application d'une directive qui n'a pas été transposée en droit national.

12. Dans l'affaire Dorsch Consult [17], dont les faits sont en substance comparables à ceux de l'affaire Tögel, la Commission fédérale de surveillance de la passation des marchés, ci-après la « Commission fédérale de surveillance » (Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes) avait saisi la Cour de la question de savoir si les instances de recours des États membres en matière de procédures de passation de marchés publics de travaux et de fournitures étaient, conformément à l'article 41 de la directive services, également habilitées à connaître des recours relatifs à des procédures de passation de marchés publics de services. La Cour a répondu qu'une telle conclusion ne découlait pas de l'article 41 [18]. Elle 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. Les États membres doivent assurer une protection effective à ces droits. Sous cette réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence sur le plan national [19]. Bien que l'article 41 de la directive services oblige les États membres à prendre les mesures nécessaires pour garantir des recours efficaces en matière de marchés publics de services, « il n'indique ni quelles doivent être les instances nationales compétentes, ni qu'il doit s'agir des mêmes instances que celles que les États membres ont désignées en matière de marchés publics de travaux et de fournitures » [20]. Cette conclusion a exclu la possibilité que l'article 41 de la directive services donne naissance à un droit directement applicable d'introduire un recours devant la Commission fédérale de surveillance, au motif que l'un des éléments essentiels faisait défaut, c'est-à-dire une personne ou une autorité identifiable et qui soit tenue de mener à bien les procédures de contrôle en cause [21].

13. La Cour s'est référée dans l'affaire Dorsch Consult à l'obligation qui s'impose à « toutes les autorités des États membres, *y compris dans le cadre de leurs compétences*, aux autorités juridictionnelles, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer le résultat visé par la directive, ce qui entraîne pour les juridictions

16 — JO L 209, p. 1.

17 — Arrêt du 17 septembre 1997 (C-54/96, Rec. p. I-4961).

18 — Point 46.

19 — Point 40. La Cour a cité l'arrêt du 18 janvier 1996, SEIM (C-446/93, Rec.p. I-73, point 32). Voir également les arrêts du 19 décembre 1968, Salgoil (13/68, Rec. p. 661, et notamment p. 676), et du 9 juillet 1985, Bozzetti (179/84, Rec. p. 2301, point 17).

20 — Point 41.

21 — Voir l'arrêt du 19 novembre 1991, Francovich e.a. (C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357, points 12 et 23 à 27); voir également le point 48 des conclusions de l'avocat général M. Tesauro, du 15 mai 1997, dans l'affaire Dorsch Consult.

l'obligation d'interpréter la loi nationale, 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 » [22]. Cette obligation impose 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 ... [et] 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 » [23].

14. Nous faisons référence aux conclusions que nous présentons également aujourd'hui dans l'affaire Tögel [24], dans lesquelles nous abordons d'autres arguments concernant l'éventualité que l'article 41 de la directive services ait un effet direct ainsi que l'effectivité de la protection juridique et proposons que la Cour réponde aux deux premières questions posées par le Bundesvergabeamt dans cette affaire dans les mêmes termes que ceux figurant dans le dispositif de l'arrêt Dorsch Consult.

15. Le même raisonnement vaut, en principe, pour l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 92/13, bien que son application par une juridiction nationale puisse être rendue plus complexe par le fait que l'article 2, paragraphe 1, comporte, s'agissant de l'accessibilité des voies de recours, des solutions alternatives qui ne figurent pas à l'article 2, paragraphe 1, de la directive relative aux voies de recours. La conclusion proposée dans l'affaire Tögel doit cependant être modifiée au regard du problème spécifiquement soulevé par le Bundesvergabeamt dans la deuxième question, c'est-à-dire la possibilité *en droit communautaire* de ne pas tenir compte de dispositions législatives nationales, telles que l'article 7, paragraphe 2, du BVergG qui lui dénient expressément toute possibilité de connaître des procédures de recours en matière de passation de marchés dans les secteurs régis par la directive 92/13 [25].

16. L'obligation d'interprétation faite aux juridictions nationales, à laquelle la Cour a fait référence dans l'affaire Dorsch Consult, a été établie pour la première fois par la Cour dans l'affaire Von Colson et Kamann [26], dans laquelle la Cour a également constaté qu'il appartient à la seule juridiction nationale de statuer sur un point d'interprétation relatif à son droit national [27] et que ladite juridiction doit se conformer à l'obligation qui lui est faite d'interpréter le droit national, conformément aux prescriptions du droit communautaire, « dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national » [28].

22 — Point 43 de l'arrêt, c'est nous qui soulignons. La Cour a cité les arrêts du 19 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).

23 — Point 46, c'est nous qui soulignons.

24 — Précitée.

25 — Cette situation peut être opposée à la situation dans l'affaire Dorsch Consult, précitée, points 18 et 42 de l'arrêt, dans laquelle le règlement allemand pertinent faisait uniquement référence à la compétence de la Commission fédérale de surveillance en ce qui concerne les contrats de fournitures et de travaux et la Cour a fait observer qu'il était constant que le gouvernement fédéral avait l'intention d'étendre sa compétence à la passation de marchés publics de services.

26 — Arrêt du 10 avril 1984 (14/83, Rec. p. 1891, point 26, ci-après l'arrêt « Von Colson »).

27 — Ibidem, point 25 de l'arrêt.

28 — Ibidem, point 28 de l'arrêt.

17. Dans l'arrêt Kolpinghuis Nijmegen [29], la Cour a qualifié de manière significative l'obligation d'interprétation des juridictions nationales qui avait été définie pour la première fois dans l'arrêt Von Colson et a poursuivi en indiquant que:

« Toutefois, cette obligation pour le juge national de se référer au contenu de la directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites dans les principes généraux de droit qui font partie du droit communautaire, et notamment dans ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité » [30].

La Cour a jugé que la règle qu'elle avait dégagée visait « les limites que pourrait poser le droit communautaire à l'obligation *ou à la faculté* pour le juge national d'interpréter les règles de son droit national à la lumière de la directive » [31]. Bien que l'affaire ait concerné la responsabilité pénale de personnes qui agissent contrairement aux dispositions d'une directive, ces principes sont également d'application dans des situations dans lesquelles le droit communautaire n'a des conséquences qu'en droit civil.

18. Les limites imposées à l'obligation d'interprétation de la juridiction nationale, en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation accordé par le droit national et les principes généraux du droit communautaire, sont résumées, selon nous, par la qualification essentielle de cette obligation dans l'arrêt Marleasing et dans les affaires postérieures comme une obligation d'interpréter le droit national, « *dans toute la mesure du possible*, à la lumière du texte et de la finalité de la directive » [32]. La Cour a jugé à la fois dans l'arrêt Wagner Miret [33] et dans l'arrêt Faccini Dori [34] que les juridictions nationales peuvent parfois ne pas être en mesure d'interpréter les dispositions nationales de manière conforme à une directive et que, dans de tels cas, il découle de l'arrêt Francovich e.a. [35] que l'État membre concerné peut être obligé de réparer les dommages subis du fait de l'inexécution de la directive.

19. Les limites imposées par la Cour à l'obligation d'interprétation des juridictions nationales dans l'arrêt Von Colson et dans l'arrêt Kolpinghuis Nijmegen n'ont pas le même caractère. L'arrêt Von Colson fait référence à l'étendue du pouvoir d'appréciation laissé en matière d'interprétation à une juridiction nationale par le droit national. Dans l'arrêt Kolpinghuis Nijmegen, la Cour a par contre jugé qu'il y avait, à l'obligation et aux pouvoirs de la juridiction nationale, une limite résultant du droit communautaire lui-même, laquelle est par conséquent applicable, quelle que soit la faculté d'appréciation accordée par les règles d'interprétation applicables sur le plan national. Dans les conclusions qu'il a présentées sous l'arrêt Marleasing, l'avocat

29 — Arrêt du 8 octobre 1987 (80/86, Rec. p. 3969, point 12).

30 — Ibidem, point 13 de l'arrêt.

31 — Ibidem, point 15 de l'arrêt, c'est nous qui soulignons.

32 — Arrêt Marleasing, précité, point 8, c'est nous qui soulignons; voir également l'arrêt Wagner Miret, précité, point 20, et l'arrêt Faccini Dori, précité, point 26.

33 — Précité, point 22.

34 — Précité, point 27.

35 — Précité.

général M. Van Gerven a attiré l'attention sur le fait que l'obligation d'interprétation trouvait ses « limites dans le droit communautaire lui-même » [36]. Cette limite peut s'expliquer par le fait que les autorités nationales, y compris les juridictions nationales, sont soumises aux principes généraux du droit communautaire, lorsqu'elles mettent en œuvre ce droit ou interprètent des dispositions du droit national mettant en œuvre ce droit [37].

20. L'agent représentant la république d'Autriche a suggéré, lors de la procédure orale, que le principe des compétences d'attribution en droit autrichien a pour conséquence qu'il n'est pas vraisemblable que le BVergG puisse être interprété de manière à étendre la compétence du Bundesvergabeamt à des types de procédures de passation de marchés qui n'étaient pas expressément prévues dans les dispositions pertinentes, et que cet argument s'appliquait a fortiori au cas des secteurs expressément exclus [38]. C'est par conséquent simplement pour fournir la réponse la plus complète possible à la deuxième question du point de vue du droit communautaire que nous exprimons notre opinion que, tout à fait indépendamment de l'étendue de la faculté accordée par le droit national en matière d'interprétation, il serait contraire au principe du droit communautaire de sécurité juridique qu'une directive soit réputée être mise en œuvre en droit national, par des dispositions législatives qui, de par leur libellé, comme tel est le cas à l'article 7, paragraphe 2, du BVergG, excluent expressément l'application des dispositions législatives pertinentes au domaine régi par cette directive. Une telle interprétation aurait pour conséquence de laisser les justiciables dans un état d'insécurité en ce qui concerne leurs droits. En même temps qu'elle serait contraire aux principes généraux du droit communautaire, cette insécurité mettrait en danger l'obtention du résultat envisagé par la directive. Une telle interprétation ne saurait, par conséquent, conformément à l'arrêt Francovich e.a. [39], priver les particuliers d'un droit à indemnisation en ce qui concerne les préjudices subis du fait que la directive en cause n'a pas été mise en œuvre.

21. Pour conclure l'analyse que nous venons de faire dans cette partie, nous proposons à la Cour de répondre aux première et deuxième questions dont elle a été saisie par le Bundesvergabeamt, en reprenant les deux premières phrases du dispositif de son arrêt dans l'affaire Dorsch Consult, modifiées de manière appropriée pour faire référence à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 92/13 et complétées par l'indication suivante:

Il serait, toutefois, contraire au principe de sécurité juridique que l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 92/13 soit réputé avoir été mis en œuvre par une législation nationale instituant des instances habilitées à connaître des recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux

36 — Point 8 des conclusions. M. Van Gerven a repris la formulation utilisée au point 13 de l'arrêt Kolpinghuis Nijmegen mais a ajouté qu'une directive ne peut introduire dans le droit national une sanction de droit civil telle que la nullité.

37 — Arrêt du 13 juillet 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609, points 17, 19 et 22).

38 — Voir également la décision B 3067/95-9 du Verfassungsgerichtshof du 11 décembre 1995 que nous traitons au point 27 de nos conclusions dans l'affaire Tögel.

39 — Précité.

qui dans son libellé exclut expressément l'application des dispositions législatives pertinentes au domaine régi par cette directive.

C — *La troisième question*

22. La troisième question vise essentiellement l'applicabilité du délai prévu par l'article 92, paragraphe 3, du BVergG pour l'introduction d'un recours devant le Bundesvergabeamt. Le Bundesvergabeamt a fait dépendre cette condition d'une réponse affirmative à la première question. Compte tenu de notre recommandation à la Cour, selon laquelle le droit communautaire ne reconnaît pas la compétence du Bundesvergabeamt dans la présente affaire, le délai fixé pour l'introduction d'un recours devant cette instance est dépourvu de pertinence. Il n'est par conséquent pas nécessaire de proposer une réponse formelle à la troisième question. Pour être complet, nous évoquerons toutefois brièvement la possibilité indiquée par la jurisprudence de la Cour d'une non-application exceptionnelle de délais nationaux pour l'introduction d'un recours en ce qui concerne des droits figurant dans une directive qui n'a pas été transposée.

23. Cette possibilité a été abordée pour la première fois dans l'arrêt Emmott [40]. Dans cette affaire, la Cour a fait observer [41] que la fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion satisfait en principe aux conditions fixées pour l'application des règles de procédure nationales dans l'arrêt Rewe [42] et dans l'arrêt San Giorgio [43], à savoir qu'elles ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et qu'elles ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. La Cour a cependant également jugé dans l'arrêt Emmott que, « jusqu'au moment de la transposition correcte de la directive, l'État membre défaillant ne peut pas exciper de la tardiveté d'une action judiciaire introduite à son encontre par un particulier en vue de la protection des droits que lui reconnaissent les dispositions de cette directive et qu'un délai de recours de droit national ne peut commencer à courir qu'à partir de ce moment » [44].

24. Toutefois, la Cour a jugé dans un certain nombre d'affaires postérieures, dont la plus récente est l'affaire Fantask e.a. [45], que « la solution dégagée dans l'arrêt Emmott était justifiée par les circonstances propres à cette affaire, dans lesquelles la forclusion aboutissait à priver totalement la requérante au principal de la possibilité de faire valoir son droit à l'égalité de traitement en vertu d'une directive communautaire ».

40 — Arrêt du 25 juillet 1991 (C-208/90, Rec. p. I-4269).

41 — Ibidem, point 17 de l'arrêt.

42 — Arrêt du 16 décembre 1976 (33/76, Rec. p. 1989, point 5).

43 — Arrêt du 9 novembre 1983 (199/82, Rec. p. 3595, point 12).

44 — Précité, point 23 de l'arrêt.

45 — Arrêt du 2 décembre 1997 (C-188/95, Rec. p. I-6783, point 55). Voir également les arrêts du 27 octobre 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Rec. p. I-5475, point 20); du 6 décembre 1994, Johnson (C-410/92, Rec. 1994, p. I-5483, point 26), ainsi que du 17 juillet 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Rec. p. I-4085, point 52), et Texaco et Olieselskabet Danmark (C-114/95 et C-115/95, p. I-4263, point 48).

25. Aux fins de la présente affaire, il convient de noter que les règles en matière de passation de marchés publics par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications telles qu'elles sont indiquées dans la directive 93/38 semblent avoir été mises en œuvre par le BVergG à la date prévue. L'agent de la république d'Autriche a fait observer au cours de la procédure orale que, en l'absence d'une attribution de compétence expresse au Bundesvergabeamt, les juridictions civiles ordinaires seraient compétentes pour connaître des litiges concernant des violations alléguées du BVergG. Si tel est le cas, et si ces juridictions peuvent envisager un nombre satisfaisant de remèdes éventuels, on ne saurait dire, en dépit de ce qui est indiqué dans le deuxième considérant du préambule à la directive 92/13, à savoir que « les mécanismes existant actuellement ... sur le plan national ... pour assurer ... cette application [de la directive précitée] ne sont pas toujours adéquats », qu'EvoBus a été privée de toute possibilité de se prévaloir des droits qu'elle tire de la directive précitée. La situation serait assurément différente si, avant la mise en œuvre de la directive 92/13, aucune juridiction nationale n'avait eu compétence pour mettre en œuvre les dispositions de la directive 93/38, soit telle qu'elle a été transposée par le BVergG, soit conformément au principe de l'effet direct des directives, ou si une juridiction nationale n'avait pas fourni de remèdes adéquats pour garantir la protection des droits que les justiciables tirent de la directive 93/38, en dépit des obligations que lui impose le droit communautaire à cet égard. Dans un tel cas, la solution la mieux adaptée pourrait toutefois consister à introduire un recours en responsabilité de l'État, conformément à l'arrêt de la Cour dans l'affaire Francovich e.a. [46].

26. Dans les circonstances de la présente affaire, il n'est pas nécessaire que nous traitions du problème distinct de savoir si le délai imposé par l'article 92, paragraphe 3, du BVergG est un délai raisonnable.

## IV — Conclusion

27. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous recommandons à la Cour de répondre comme suit aux questions qui lui ont été déférées par le Bundesvergabeamt:

« Il ne découle pas de l'article 1er, paragraphe 1, 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

46 — Précité. Voir le point 48 des conclusions de l'avocat général M. Tesauro, du 15 mai 1997, dans l'affaire Dorsch Consult.

sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, 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 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 dans ces secteurs. 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 dans les secteurs pertinents. Il serait toutefois contraire au principe de sécurité juridique que l'article 1er, paragraphe 1, de la directive précitée soit réputé avoir été mis en œuvre par une législation nationale instituant des instances habilitées à connaître des recours en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux qui dans son libellé exclut expressément l'application des dispositions législatives pertinentes du champ d'application de la directive. »