

Affaire C-480/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

18 juillet 2022

Jurisdiction de renvoi :

Verwaltungsgerichtshof (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

23 juin 2022

Parties requérantes :

EVN Business Service e.a.

Elektra EOOD

Penon EOOD

Verwaltungsgerichtshof (Cour suprême administrative, Autriche)

[OMISSIS]

23. Juni 2022

Dans les affaires sur pourvois en ‚Revision‘ formés par,

1. EVN Business Service GmbH dont le siège est à [OMISSIS] Maria Enzersdorf, [OMISSIS] et 2. Elektra EOOD dont le siège est à [OMISSIS] Burgas (Bulgarie), [OMISSIS] contre l’ordonnance du Landesverwaltungsgericht Niederösterreich du 23 septembre 2020 dans l’affaire LVwG-VG-8/001-2020, et

3. (une fois encore) EVN Business Service GmbH dont le siège est à [OMISSIS] Maria Enzersdorf, [OMISSIS] et 4. Penon EOOD dont le siège est à Plovdiv (Bulgarie), [OMISSIS] contre l’ordonnance du Landesverwaltungsgericht Niederösterreich du 23 septembre 2020 dans l’affaire LVwG-VG-9/002-2020,

ayant pour objet des recours en matière de passation de marché public, le Verwaltungsgerichtshof [OMISSIS] a rendu

l’ordonnance :

En vertu de l'article 267 TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne est saisie des questions préjudicielles suivantes :

1. L'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il existe une activité d'achat centralisée par une centrale d'achat « située dans un autre État membre » lorsque l'entité adjudicatrice – indépendamment de la question de l'imputation du contrôle exercé sur celle-ci – a son siège dans un autre État membre que la centrale d'achat ?

2. En cas de réponse affirmative à la question 1 :

Le règle de conflit de lois prévue à l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE, en vertu de laquelle les activités d'achat centralisées sont fournies par une centrale d'achat située dans un autre État membre conformément aux dispositions nationales de l'État membre dans lequel la centrale d'achat a son siège, vise-t-elle également la législation en matière de procédures de recours et la compétence de l'instance de recours au sens 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 ?

3. En cas de réponse négative à la question 1 ou à la question 2 :

La directive 92/13/CEE, en particulier son article premier, paragraphe 1, quatrième alinéa, doit-elle être interprétée en ce sens que la compétence de contrôle d'une instance de recours nationale sur les décisions des entités adjudicatrices doit couvrir toutes les entités adjudicatrices ayant leur siège dans l'État membre de l'instance de recours ou la compétence doit-elle dépendre du point de savoir si l'influence dominante exercée sur l'entité adjudicatrice (au sens de l'article 3, point 4, sous c, ou de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE) émane d'une autorité régionale ou d'un organisme de droit public qui se rattache à l'État membre de l'instance de recours ?

Motivation :

1. Faits et procédures au principal

- 1 **1.1.** Les affaires sur pourvoi en ‚Revision‘ reposent sur les faits restés non litigieux suivants :
- 2 Elektrorazpredelenie YUG EAD (ci-après « EY EAD ») est une société anonyme de droit bulgare dont le siège est en Bulgarie. Dans la procédure de passation de marché (accord-cadre sur l'exécution de travaux de pose d'installations électriques ainsi que les travaux de construction et démolition y afférents) en

cause en l'espèce, elle agit en tant qu'entité adjudicatrice sectorielle. La procédure de passation de marché a pour objet un marché de travaux relevant de l'« Oberschwellenbereich » [notion de droit autrichien signifiant que le marché en question dépasse le seuil au-delà duquel les règles de procédure et de publicité en matière de passation de marchés publics du droit de l'Union s'appliquent] qui est divisé (territorialement) en 36 lots. Le lieu d'exécution se situe pour la totalité de ces lots en Bulgarie.

- 3 EVN Business Service GmbH (ci-après « EBS GmbH ») est une société de droit autrichien dont le siège est en Autriche. Elle agit dans la présente procédure de passation de marché en tant que centrale d'achat de l'entité adjudicatrice, tout en devant acquérir les prestations au nom et pour le compte d'EY EAD (et ainsi en tant que représentante de cette dernière). Aux termes de l'appel d'offres, EBS GmbH est chargée, en tant que centrale d'achat, du déroulement et de l'exécution de l'appel d'offres en cause, le contrat ayant pour objet les prestations demandées devant être conclu avec EY EAD en tant qu'entité adjudicatrice sectorielle. Dans l'appel d'offres, le Landesverwaltungsgericht Niederösterreich [tribunal administratif régional de Basse-Autriche] (ci-après le « LVwG ») est désigné comme l'instance responsable des procédures de recours ; au point « droit applicable », il est prévu que le droit autrichien est applicable « à la procédure de passation de marché et à toutes les prétentions en découlant » et que le droit bulgare s'applique à « l'exécution du contrat ».
- 4 Tant EY EAD qu'EBS GmbH sont détenues indirectement à 100 % par la société EVN AG (ci-après, « E AG »). De son côté, le capital d'E AG est détenu indirectement majoritairement (à hauteur de 51 %) par une autorité régionale autrichienne (le Land de Basse-Autriche).
- 5 Elektra EOOD (ci-après « E EOOD ») et Penon EOOD (ci-après « P EOOD »), deux entreprises bulgares, ont, dans le cadre de la procédure passation de marché en cause, chacune déposé une offre pour différents lots. Par décisions des 28 juillet 2020 et 30 juillet 2020, E EOOD et P EOOD ont été informées de l'identité des entreprises désignées pour conclure les accords-cadres relatifs aux différents lots. E EOOD et P EOOD n'étaient désignées comme co-contractantes pour aucun des lots. Tant E EOOD que P EOOD ont alors demandé l'annulation des décisions de l'entité adjudicatrice les concernant respectivement (ou concernant les lots pour lesquels elles avaient déposé des offres).
- 6 **1.2.** Par les deux ordonnances (au contenu en substance identique) attaquées du 23 décembre 2020, le LVwG a rejeté ces demandes pour défaut de compétence. Le LVwG a motivé son incompétence comme suit (en le résumant à l'essentiel) :
- 7 Selon lui, la compétence dépendrait du point de savoir qui est l'entité adjudicatrice et donc de savoir qui est le cocontractant au regard du droit civil ; il s'agirait en l'espèce d'EY EAD. Le LVwG aurait donc ainsi été saisi de la question de savoir si une entreprise bulgare peut conclure avec une entité adjudicatrice établie en Bulgarie un contrat qui, selon lui, doit être exécuté en

Bulgarie par application de la loi bulgare. Dans l'hypothèse où la compétence du LVwG était retenue, cela porterait très sérieusement atteinte à la souveraineté de la Bulgarie et cela créerait un conflit avec le principe de territorialité reconnu par le droit international. Selon le LVwG, le fait que le Land de Basse-Autriche exercerait un contrôle sur EY EAD ne préjugerait en rien de la compétence du LVwG en matière de passation de marchés avec des entreprises à l'étranger.

- 8 La loi fédérale de 2018 relative à la passation des marchés publics (Bundesvergabegesetz 2018, ci-après le BVergG 2018) prévoirait à son article 180, paragraphe 2 (tout comme la directive 2014/25/UE à l'article 57, paragraphe 3) une règle en ce qui concerne les activités d'achat centralisées pour le compte d'une entité adjudicatrice sectorielle par une centrale d'achat ayant son siège dans un autre État membre de l'Union. Il en résulterait toutefois uniquement quel est le droit matériel en matière de passation des marchés qui s'applique à la procédure de passation de marché, mais pas quel droit procédural doit s'appliquer à la procédure de recours. Certes, le considérant 82 de la directive 2014/25/UE fait référence à la désignation de la réglementation applicable « en matière de recours », sans toutefois que cela n'ait été repris dans le texte de la directive. Selon le LVwG, la procédure de recours ne serait pas visée par les termes « activités d'achat centralisées » figurant dans le libellé de la directive. Il s'en suivrait donc que le LVwG ne serait pas compétent pour connaître de la procédure de recours en cause en l'espèce.
- 9 **1.3.** EBS Gmbh s'est pourvue en 'Revision' devant le Verwaltungsgerichtshof contre ces deux ordonnances. E EOOD et P EOOD se sont, l'une et l'autre, pourvues en 'Revision' devant le Verwaltungsgerichtshof contre ces deux ordonnances. Au cours de la procédure de 'Revision' il a été produit une traduction certifiée conforme d'une décision de la plus haute juridiction administrative bulgare par laquelle cette dernière a confirmé une décision de l'instance de recours bulgare ayant décliné sa compétence dans l'affaire de passation de marché en cause en l'espèce.
- 10 Les parties demanderesses en 'Revision' fondent leurs pourvois (pour le résumer à l'essentiel) en invoquant que l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE (et, par voie de conséquence, également l'article 180, paragraphe 2, BVergG 2018), eu égard à son objectif de prévoir un régime uniforme en matière d'achats centralisés transfrontaliers, devrait être interprété en ce sens qu'il ne viserait pas uniquement la procédure de passation de marché proprement dite, mais aussi les dispositions relatives à la procédure de recours. Dès lors qu'une centrale d'achat devrait appliquer le droit matériel autrichien en matière de passation de marchés, il conviendrait que la procédure de recours soit menée par l'instance de recours autrichienne en vertu du droit procédural autrichien. Selon eux, l'élément de rattachement déterminant serait le siège de la centrale d'achat [ou, pour reprendre la terminologie de la version en langue française de cette disposition, le lieu où est située cette centrale d'achat].

- 11 P EOOD invoque en outre qu' EY EAD serait soumise au contrôle de la Cour des comptes autrichienne et qu' aucune objection tirée du droit international ne s' opposerait à ce que la légalité des activités d' achat d' une entreprise se trouvant sous le contrôle d' une entité régionale autrichienne, à laquelle, en tout état de cause, du fait de l' intervention d' une centrale d' achat ayant son siège en Autriche, le droit matériel autrichien en matière de passation de marchés s' applique ce, quand bien même le siège de cette entreprise se trouverait dans un autre État membre, soit contrôlée par une instance de recours autrichienne en vertu du droit procédural autrichien. Selon elle, la définition d' une entreprise publique par la directive 2014/25/UE ne se baserait pas sur le point de savoir dans quel État membre l' entreprise a son siège, mais uniquement sur le contrôle exercé sur elle par une autorité adjudicatrice publique.

2. Dispositions applicables du droit de l' Union

- 12 Le considérant 82 et les articles 2 à 4 et 57 de la directive 2014/25/UE disposent (extraits) :

« [considérant] (82) La passation conjointe de marchés par des entités adjudicatrices de différents États membres pose actuellement des problèmes juridiques spécifiques relatifs aux conflits de lois nationales. Bien que la directive 2004/17/CE ait implicitement autorisé la passation conjointe de marchés publics transnationaux, les entités adjudicatrices continuent de rencontrer de grandes difficultés juridiques et pratiques pour acheter auprès de centrales d' achat établies dans d' autres États membres ou attribuer conjointement des marchés. Il y a lieu de remédier à ces difficultés afin de permettre aux entités adjudicatrices de tirer le meilleur parti possible du potentiel du marché intérieur en termes d' économies d' échelle et de partage des gains et des risques, en particulier pour les projets innovants comportant plus de risques que n' en peut raisonnablement assumer une seule entité adjudicatrice. Il convient donc de définir de nouvelles règles en matière de passation conjointe de marchés transnationaux, afin de faciliter la coopération entre entités adjudicatrices et d' accroître les avantages pouvant être retirés du marché intérieur en ouvrant des perspectives commerciales transnationales aux fournisseurs et aux prestataires de services. Ces règles devraient établir les conditions d' utilisation transnationale des centrales d' achat et désigner la réglementation relative à la passation de marchés publics, y compris celle en matière de recours, qui s' applique aux procédures conjointes transnationales, en complétant les règles de conflit de lois du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil. De plus, des entités adjudicatrices de différents États membres devraient pouvoir créer des entités juridiques conjointes en vertu du droit national ou du droit de l' Union. Des règles particulières devraient être définies pour cette forme de passation conjointe de marchés. Toutefois, les entités adjudicatrices ne devraient pas faire usage des possibilités offertes par la passation conjointe de marchés transnationaux aux fins de se soustraire aux dispositions obligatoires de droit public conformément au droit de l' Union auxquelles elles sont soumises dans l' État membre dans lequel elles sont situées. Ces dispositions pourraient porter, par exemple, sur la

transparence et l'accès aux documents ou sur des exigences spécifiques en matière de traçabilité de fournitures sensibles.

[...]

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

10. "activités d'achat centralisées", des activités menées en permanence qui prennent l'une des formes suivantes :
 - a) l'acquisition de fournitures et/ou de services destinés à des entités adjudicatrices ;
 - b) la passation de marchés ou la conclusion d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des entités adjudicatrices ;

[...]

12. "centrale d'achat", une entité adjudicatrice au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la présente directive, ou un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 1), de la directive 2014/24/UE qui fournit des activités d'achat centralisées et, éventuellement, des activités d'achat auxiliaires.

Un marché passé par une centrale d'achats en vue d'effectuer des activités d'achat centralisées est considéré comme un marché passé en vue de mener une des activités visées aux articles 8 à 14. L'article 18 ne s'applique pas aux marchés passés par une centrale d'achats en vue de mener des activités d'achat centralisées ;

[...]

Article 3

Pouvoirs adjudicateurs

1. Aux fins de la présente directive, on entend par "pouvoirs adjudicateurs", l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou par un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

2. On entend par “autorités régionales” toutes les autorités des unités administratives énumérées dans les NUTS 1 et 2 visées dans le règlement (CE) n° 1059/2003 du Parlement européen et du Conseil.

[...]

4. On entend par “organisme de droit public”, tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes :
- a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
 - b) il est doté de la personnalité juridique ; et
 - c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales, ou d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.

Article 4

Entités adjudicatrices

(1) Aux fins de la présente directive, les entités adjudicatrices sont des entités qui :

- a) sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 8 à 14 ;

[...]

(2) On entend par “entreprise publique”, toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante des pouvoirs adjudicateurs est présumée dans tous les cas suivants lorsque ces pouvoirs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :

- a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ;
- b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ;
- c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

[...]

Article 57

Marchés auxquels participent des entités adjudicatrices de différents États membres

(1) Sans préjudice des articles 28 à 31, les entités adjudicatrices de différents États membres peuvent agir conjointement pour passer des marchés en recourant à l'un des moyens prévus au présent article.

Les entités adjudicatrices ne recourent pas aux moyens prévus dans le présent article dans le but de se soustraire à l'application de dispositions obligatoires de droit public conformes au droit de l'Union auxquelles ils sont soumis dans leur État membre.

(2) Un État membre n'interdit pas à ses entités adjudicatrices de recourir à des activités d'achat centralisées proposées par des centrales d'achat situées dans un autre État membre.

En ce qui concerne les activités d'achat centralisées proposées par une centrale d'achat située dans un autre État membre que celui de l'entité adjudicatrice, les États membres peuvent toutefois choisir de préciser que leurs entités adjudicatrices ne peuvent recourir qu'aux activités d'achat centralisées définies à l'article 2, point 10) a) ou b).

(3) Les activités d'achat centralisées sont fournies [OMISSIS : ajout par la juridiction de renvoi d'un verbe, cette phrase de la disposition étant incomplète dans sa version allemande] par une centrale d'achat située dans un autre État membre conformément aux dispositions nationales de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat.

Les dispositions nationales de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat s'appliquent également :

[...] ».

13 L'article 1^{er} de la directive 92/13/CEE dispose (extraits) :

« *Article premier*

Champ d'application et accessibilité des procédures de recours

(1) La présente directive s'applique aux contrats visés par la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, sauf si ces contrats sont exclus en application des articles 18 à 24, des articles 27 à 30 et des articles 34 ou 55 de ladite directive.

[...]

Les États membres prennent, en ce qui concerne les contrats relevant du champ d'application de la directive 2014/25/UE ou de la directive 2014/23/UE, les mesures nécessaires pour garantir 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 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés ou les règles nationales transposant ce droit.

[...] »

3. Dispositions applicables du droit national

- 14 L'article 14b de la loi constitutionnelle fédérale [Bundes-Verfassungsgesetz, ci-après le « B-VG »] [OMISSIS] dispose (extraits) :

«(1) La législation relative aux affaires de marchés publics relève de la compétence du Bund dans la mesure où celles-ci ne relèvent pas du paragraphe 3.

(2) L'exécution, dans les affaires visées au paragraphe 1, relève de la compétence

[...]

2. du Land pour ce qui concerne

[...]

- c) la passation de marchés par des entreprises au sens de l'article 126b, paragraphe 2, dans la mesure où elle ne relève pas du point 1, sous c), ainsi que la passation de marchés par des entreprises au sens de l'article 127, paragraphe 3, et de l'article 127a, paragraphes 3 et 8 ;

[...]

(3) La législation et l'exécution en matière de recours dans le cadre de la passation de marchés par des entités adjudicatrices visées au paragraphe 2, point 2, relèvent de la compétence du Land.

[...] ».

- 15 L'article premier de loi du Land de Basse-Autriche relative aux recours en matière de passation de marchés (Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz, ci-après le « NÖ VNG » [OMISSIS] dispose (extraits) :

« Article premier Champ d'application

(1) La présente loi régit la protection juridique dans les affaires en matière de marchés publics pour autant qu'il s'agisse d'entités adjudicatrices qui, en vertu de

l'article 14b, paragraphe 2, point 2, B-VG, relèvent de la compétence d'exécution du Land.

[...] ».

- 16 Les dispositions applicables du Bundesvergabegesetz 2018 [loi fédérale de 2018 relative à la passation des marchés] (ci-après le « BVergG 2018 ») [OMISSIS] disposent (extraits) :

« Pouvoirs adjudicateurs et autres entités adjudicatrices tenues d'appliquer les dispositions de la présente loi

Article 4. (1) La présente loi fédérale, à l'exception de sa troisième partie, s'applique aux procédures de passation de marchés des pouvoirs adjudicateurs qui sont :

1. le Bund, les Länder, les communes et les associations de communes ou
2. des organismes qui
 - a) sont créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
 - b) ont au moins une capacité juridique restreinte et
 - c) sont majoritairement financés par des pouvoirs adjudicateurs visés au point 1 ou par d'autres organismes visés au point 2 ou dont la gestion est soumise à un contrôle de ceux-ci ou dont l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est majoritairement composé de membres qui ont été nommés par des pouvoirs adjudicateurs visés au point 1 ou par d'autres organismes au sens du point 2, ou

[...]

3. Troisième Partie Procédures de passation de marchés par une entité adjudicatrice sectorielle

[...]

Pouvoir adjudicateur en tant qu'entité adjudicatrice sectorielle

Article 167. Dès lors qu'un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, paragraphe 1, exerce une activité sectorielle (articles 170 à 175), il est une entité adjudicatrice sectorielle (entité adjudicatrice sectorielle publique).

Entreprise publique en tant qu'entité adjudicatrice sectorielle

Article 168. (1) Dès lors que des entreprises publiques exercent une activité sectorielle (articles 170 à 175), elles sont des entités adjudicatrices sectorielles.

(2) Est une entreprise publique visée au paragraphe 1, toute entreprise sur laquelle un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, paragraphe 1, ou une entité adjudicatrice sectorielle publique peut exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière détenue ou des règles régissant cette entreprise. L'exercice d'une influence dominante est présumée lorsqu'un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, paragraphe 1, ou une entité adjudicatrice sectorielle publique directement ou indirectement

1. détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
2. dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou
3. peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

[...]

Passation conjointe de marchés transfrontaliers par plusieurs entités adjudicatrices sectorielles

Article 180. [...]

(2) Lorsqu'une activité d'achat centralisée est effectuée pour une entité adjudicatrice sectorielle par une centrale d'achat visée à l'article 2, point 12, de la directive 2014/25/UE qui a son siège dans un autre État membre de l'Union ou dans un autre État partie contractante à l'accord EEE

1. le déroulement de la procédure de passation de marché est régi

[...]

par la réglementation de l'État du siège de la centrale d'achat.

[...] ».

4. Faculté de saisir le Cour à titre préjudiciel

- 17 Le Verwaltungsgerichtshof est une juridiction au sens de l'article 267 TFUE dont les décisions ne sont plus susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.
- 18 Le Verwaltungsgerichtshof estime que, aux fins de statuer sur les affaires en „Revision“ qu'il doit examiner, les questions d'interprétation du droit de l'Union posées et explicitées plus avant dans la présente demande de décision préjudicielle se posent.

5. Remarques préliminaires

- 19 La présente affaire soulève la question des dispositions procédurales applicables et de la compétence d'une instance de recours autrichienne (celle du LVwG) dans une situation dans laquelle une entité adjudicatrice sectorielle, indirectement contrôlée par une autorité régionale autrichienne et ayant son siège en Bulgarie, procède à un achat par l'intermédiaire d'une centrale d'achat ayant son siège en Autriche. Pour y répondre, il convient tout d'abord d'examiner le champ d'application (question 1) et la portée (question 2) de la règle de conflit de lois prévue à l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE. Dans l'hypothèse où l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE ne se prononcerait pas sur une situation telle que celle qui est exposée, la question se pose de savoir selon quels critères il convient alors de déterminer la compétence et les règles procédurales applicables (question 3).
- 20 EY EAD est une entité adjudicatrice sectorielle ayant son siège en Bulgarie. Il ne ressort toutefois pas des ordonnances du LVwG attaquées devant le Verwaltungsgerichtshof (et EY EAD n'a pas été appelée en la cause dans cette procédure) si EY EAD est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de la directive 2014/25/UE ou une entreprise publique au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE. Selon le Verwaltungsgerichtshof, cela ne revêt toutefois aucune importance afin de répondre aux présentes questions préjudicielles car, en tout état de cause, le capital d'EY EAD est indirectement et majoritairement détenu par une autorité régionale autrichienne et que ce critère est prévu comme une des conditions possibles de l'influence dominante exercée tant sur un pouvoir adjudicateur (article 3, point 4, sous c, première hypothèse, de la directive 2014/25/UE) que sur des entreprises publiques (article 4, paragraphe 2, sous a, de la directive 2014/25/UE).

6. Précisions sur les questions préjudicielles

6.1. Sur la première question préjudicielle

- 21 La vocation à s'appliquer de la règle de conflit de lois prévue à l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE présuppose qu'une activité d'achat centralisée soit effectuée par l'intermédiaire d'une centrale d'achat ayant son siège dans « un autre État membre ». En l'espèce, il existe une activité d'achat centralisée.

EBS GmbH (la centrale d'achat) a son siège en Autriche et EY EAD (l'entité adjudicatrice) a son siège en Bulgarie. Toutefois, étant donné qu'EY EAD est contrôlée financièrement par une autorité régionale autrichienne, il existe des éléments de rattachement permettant de relier l'entité adjudicatrice à deux États membres différents, selon que l'on considère que ce qui importe est le siège de l'entité adjudicatrice ou le contrôle exercé sur celle-ci.

- 22 Il convient d'observer au préalable que, dans sa motivation, le LVwG évoque aussi, entre autres, le lieu d'exécution de la prestation. Toutefois, rien n'indique selon le Verwaltungsgerichtshof que l'appréciation de la question de savoir s'il s'agit d'une centrale d'achat ayant son siège « dans un autre État membre » dépend du lieu d'exécution de la prestation.
- 23 Le règle de principe relative à la passation conjointe de marché par plusieurs entités adjudicatrices prévue à l'article 57, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE évoque des entités adjudicatrices « de différents États membres » sans préciser de quoi résulte un tel rattachement à différents États membres. En tout état de cause, la circonstance que la règle pertinente en l'espèce, celle prévue à l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE, fait dépendre le rattachement de la centrale d'achat de son siège plaide en ce sens que, s'agissant du rattachement de l'autorité adjudicatrice, c'est également le siège de celle-ci qui doit être considéré comme l'élément pertinent. Cette lecture s'exprime encore plus clairement dans la disposition (bien que non applicable en l'espèce) prévue à l'article 57, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2014/25/UE qui fait référence [dans la version allemande] à une centrale d'achat « die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Auftraggeber hat » [se traduisant littéralement par « ayant son siège dans un autre État membre que l'entité adjudicatrice », la version française de cette disposition employant quant à elle l'expression « située dans un autre État membre que celui de l'entité adjudicatrice »].
- 24 Il pourrait toutefois être rétorqué à cela que la définition de l'entité adjudicatrice (publique) ne se base pas (que ce soit à l'article 3 ou l'article 4 de la directive 2014/25/UE) sur le siège de celle-ci mais sur le contrôle exercé sur elle par une autorité régionale ou par un organisme de droit public. En partant de cela, il pourrait être argué de ce qu'il existe une centrale d'achat ayant son siège « dans un autre État membre » lorsque ce dernier n'est pas l'État membre qui (par le biais d'une autorité régionale ou d'un organisme de droit public) contrôle l'entité adjudicatrice (voir sur ce point les précisions apportées sur la troisième question préjudicielle). Enfin en l'absence d'un tel contrôle (de sorte qu'alors l'entité adjudicatrice n'est pas elle-même une autorité régionale ou qu'il existe une qualité d'entité adjudicatrice du fait de l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs en vertu de son article 4, paragraphe 3), le champ d'application ratione personae de la directive 2014/25/UE n'est pas ouvert.
- 25 Ainsi, il ne n'apparaît pas de manière évidente pour le Verwaltungsgerichtshof à l'aune de quels critères il convient de déterminer s'il existe une centrale d'achat ayant son siège/située « dans un autre État membre ».
- 26 Dans l'hypothèse où pour répondre à cette question du rattachement de l'entité adjudicatrice, il n'y aurait pas lieu de se baser sur le siège de celle-ci, mais sur le point de savoir à quel État membre est imputable le contrôle exercé sur cette entité adjudicatrice, dans ce cas, en l'espèce, tant l'entité adjudicatrice que la centrale d'achat semble devoir être rattachées à l'Autriche et la règle de conflit de lois

prévue à l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE n'aurait pas vocation à s'appliquer.

- 27 Si toutefois le rattachement de l'entité adjudicatrice (à l'instar de celui de la centrale d'achat) devait dépendre du siège et qu'en conséquence il convient de répondre par l'affirmative à la première question préjudicielle, tout dépendrait ensuite de la réponse à la deuxième question préjudicielle.

6.2. Sur la deuxième question préjudicielle

- 28 L'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE prévoit que les « activités d'achat centralisées » sont fournies par une centrale d'achat située [dans la version allemande : ayant son siège] dans un autre État membre conformément aux dispositions nationales de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat [dans la version allemande : dans lequel la centrale d'achat a son siège]. Ainsi, il est clair pour le Verwaltungsgerichtshof que le droit matériel en matière de passation de marchés applicable dépend du siège de la centrale d'achat.
- 29 La directive 2014/25/UE ne donne certes pas de définition de la notion de « centrale d'achat », néanmoins, à son article 2, point 10, les « activités d'achat centralisées » sont définies comme l'acquisition de fournitures et/ou de services destinés à des entités adjudicatrices ou encore comme la passation de marchés ou la conclusion d'accords-cadres pour des entités adjudicatrices. En vertu de son article premier, la directive 2014/25/UE couvre les règles applicables aux procédures de passation de marché et de concours, la passation de marchés y étant entendue comme désignant l'acquisition de fournitures, de travaux ou de services de travaux. Ainsi, le fait de se baser sur les « activités d'achat centralisées » ne contient en soi aucun indice de ce que les règles applicables à la procédure de recours ou à la compétence de l'instance de recours relèveraient de cette règle de conflit de lois.
- 30 Il résulte du considérant 82 de la directive 2014/25/UE que la nouvelle disposition prévue à l'article 57 de la directive 2014/25/UE vise à éliminer les difficultés existantes en ce qui concerne les achats conjoints transnationaux et à accroître les avantages qui peuvent être tirés du marché intérieur en ouvrant des perspectives commerciales transnationales. En outre, il y est expressément énoncé que ces règles devraient établir les conditions d'utilisation transnationale des centrales d'achat et désigner « la réglementation relative à la passation de marchés publics, y compris celle en matière de recours, qui s'applique » aux procédures conjointes transnationales. Interpréter l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE en tenant compte de l'interprétation exprimée dans ce considérant aboutirait ainsi au résultat que cette règle de conflit de lois s'étend également aux dispositions applicables aux procédures de recours. De même, la circonstance que les dispositions matérielles et celles en matière de procédure de recours sont interdépendantes plaide, au vu de l'objectif en arrière-plan d'avoir un système réglementaire uniforme, en ce sens de ne pas soumettre le droit procédural applicable à la procédure de recours à un autre statut que le droit matériel en

matière de passation de marchés (lequel s'applique en tant que critère d'examen dans la procédure de recours).

- 31 Au final, la réponse à la deuxième question préjudicielle n'apparaît pas s'imposer avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.
- 32 Dans l'hypothèse où il devait être répondu par l'affirmative à la deuxième question préjudicielle, il serait alors en l'espèce clarifier que les dispositions applicables à la procédure de recours et la compétence de l'instance de recours dépendent du siège de la centrale d'achat et que ce serait donc le BVerG 2018 ou le NÖ VNG qui serait applicable.
- 33 En revanche, dans l'hypothèse où il serait répondu par la négative à une des deux premières questions préjudicielles, et qu'ainsi la règle de conflit de lois prévue à l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE soit ne serait pas applicable soit ne contiendrait aucune règle quant au droit procédural applicable, il se poserait alors la question de savoir en fonction de quoi, dans une situation telle que celle de l'espèce, il convient de déterminer le droit procédural applicable et la compétence d'une instance de recours nationale.

6.3. Sur la troisième question préjudicielle

- 34 Il convient tout d'abord d'observer ceci : même si, en principe, la centrale d'achat est quant à elle une entité adjudicatrice sectorielle, en l'espèce, elle a agi au nom et pour le compte de l'entité adjudicatrice et donc en qualité de représentante de cette dernière. Dans l'hypothèse où la règle de conflit de lois prévue à l'article 57, paragraphe 3, 2014/25/UE ne s'appliquerait pas ou ne contiendrait aucune règle relative à la procédure de recours, alors, selon le Verwaltungsgerichtshof, la compétence de l'instance de recours dépendrait de l'entité adjudicatrice (et non de la centrale d'achat).
- 35 La question soulevée ici présente des similitudes avec la première question préjudicielle puisque, dans les deux cas, il s'agit en fin de compte de savoir, dans une situation dans laquelle une entité adjudicatrice qui a son siège dans un État membre, mais dont la qualité d'entité adjudicatrice résulte du contrôle exercé par un autre État membre, en fonction de quoi la compétence d'une instance de recours nationale doit être déterminée.
- 36 L'article 1^{er}, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 92/13/CEE exige de garantir que les décisions des entités adjudicatrices fassent l'objet d'un recours et renvoie à cet égard au champ d'application (entre autres) de la directive 2014/25/UE. Ainsi que cela a déjà été exposé, la définition de l'entité adjudicatrice dans la directive 2014/25/UE ne contient pas de référence explicite au siège de l'organisme ou de l'entreprise. Le LVwG considère comme problématique, en raison de considérations tirées du droit international, une compétence en matière de recours sur l'activité d'achat d'une entité adjudicatrice ayant son siège dans un autre État membre. Il pourrait toutefois être objecté à cela

que, dans une situation dans laquelle le siège d'une entité adjudicatrice et le contrôle exercé sur celle-ci peuvent être localisés dans différents États membres, toutes les solutions envisageables emportent comme conséquence qu'une instance de recours nationale doit examiner des opérations qui présentent un lien avec un autre État membre (soit en raison du siège de l'entité adjudicatrice faisant l'objet du recours, soit en raison de la circonstance qu'une autorité régionale d'un autre État membre exerce un contrôle sur celle-ci). À titre complémentaire, il peut être souligné que, sous l'angle du droit interne, dans un autre contexte, à savoir celui du contrôle par la Cour des comptes autrichienne [OMISSIS], la compétence en matière de contrôle d'un organisme établi dans un autre État membre, mais sur lequel une autorité régionale autrichienne exerce un contrôle, est admise.

6.4. Conclusion

- 37 L'application du droit de l'Union et son interprétation ne s'imposant pas avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable (voir arrêts du 6 octobre 1982, Cilfit e.a., 283/81, et du 6 octobre 2021, Consorzio Italian Management, C-561/19, points 39 et suivants), les questions préjudicielles formulées dans l'introduction sont déférées aux fins de décision préjudicielle en vertu de l'article 267 TFUE.

[OMISSIS]