

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. JEAN MISCHO
présentées le 27 février 2003 ¹

1. Saisi d'un recours introduit par un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue par le pouvoir adjudicateur et qui invoque l'illégalité d'un critère d'attribution du marché ayant trait à la livraison d'électricité verte, le Bundesvergabeamt (Autriche) nous demande d'interpréter l'article 26 de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures², ainsi que les articles 1^{er} et 2, paragraphe 1, sous b), 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 travaux³.

I — Le cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

2. La directive 93/36 dispose, en son article 26, qui est intitulé «Critères d'attribution», ce qui suit:

«1. Les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés sont:

[...]

b) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le prix, le délai de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique.

1 — Langue originale: le français.

2 — JO L 199, p. 1.

3 — JO L 395, p. 33.

2. Dans le cas visé au paragraphe 1, point b), le pouvoir adjudicateur mentionne, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée». [...]

3. L'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 89/665 dispose:

- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

«3. Les États membres assurent que les procédures de recours sont 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 public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une telle procédure ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.» [...]

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

4. L'article 2, paragraphes 1, sous b), et 6, de la directive 89/665 dispose:

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

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation».

5. L'article 3, paragraphe 2, de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité⁴, dispose:

«En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité, en particulier de son article 90, les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public, dans l'intérêt économique général, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et les prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement. Ces obligations doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables; celles-ci, ainsi que leurs révisions éventuelles, sont publiées et communiquées sans tarder à la Commission par les États membres. Comme moyen pour réaliser les obligations de service public précitées, les États membres qui le souhaitent peuvent mettre en œuvre une planification à long terme.»

6. Le deuxième considérant de la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le

marché intérieur de l'électricité⁵, énonce que:

«La promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables est au premier rang des priorités de la Communauté, comme l'a souligné le livre blanc sur les sources d'énergie renouvelables [...] pour des raisons de sécurité et de diversification de l'approvisionnement en énergie ainsi que de protection de l'environnement et pour des motifs liés à la cohésion économique et sociale. Cela a été confirmé par le Conseil dans sa résolution du 8 juin 1998 sur les sources d'énergie renouvelables.»

7. Le douzième considérant de la directive 2001/77 indique que:

«La nécessité d'une aide publique en faveur des sources d'énergie renouvelables est admise dans l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement, qui, entre autres, tient compte de la nécessité d'internaliser les coûts externes de la production d'électricité. Les dispositions du traité, et notamment ses articles 87 et 88, continueront toutefois à s'appliquer à ces aides publiques.»

4 — JO 1997, L 27, p. 20.

5 — JO L 283, p. 33.

8. Aux termes du dix-huitième considérant de la directive 2001/77:

«Il importe d'utiliser la puissance des forces du marché et le marché intérieur et de faire de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables un produit compétitif et attrayant pour les citoyens européens.»

9. Il ressort de l'article 1^{er} de la directive 2001/77 que l'objectif de celle-ci est:

«de favoriser une augmentation de la contribution des sources d'énergie renouvelables dans la production d'électricité sur le marché intérieur de l'électricité et de jeter les bases d'un futur cadre communautaire en la matière.»

10. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/77, intitulé «Objectifs indicatifs nationaux», dispose:

«Les États membres prennent des mesures appropriées pour promouvoir l'accroissement de la consommation d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables conformément aux objectifs indicatifs nationaux visés au paragraphe 2. Ces mesures doivent être proportionnées à l'objectif à atteindre.»

11. L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/77 prévoit que chaque État membre doit fixer des objectifs indicatifs nationaux.

12. L'article 3, paragraphe 4, de la directive 2001/77 dispose que, sur la base de rapports des États membres, la Commission doit évaluer si les objectifs indicatifs nationaux sont compatibles avec l'objectif indicatif global de 12 % de la consommation intérieure brute d'énergie en 2010 et en particulier avec la part indicative de 22,1 % d'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables dans la consommation totale d'électricité de la Communauté en 2010.

13. L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/77, intitulé «Garantie d'origine de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables», dispose:

«Au plus tard le 27 octobre 2003, les États membres font en sorte que l'origine de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables puisse être garantie comme telle au sens de la présente directive, selon des critères objectifs, transparents et non discriminatoires définis par chaque État membre. Ils veillent à ce que des garanties d'origine soient délivrées à cet effet en réponse à une demande.»

B — *La réglementation nationale*

14. En Autriche, la passation des marchés publics est régie par le Bundesvergabegesetz (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* I, 1997/56, ci-après le «BVergG»).

15. L'article 117 du BVergG dispose:

«1. Le Bundesvergabeamt annule, par voie de décision administrative et en tenant compte de l'avis rendu par la commission de conciliation dans cette affaire, une décision du pouvoir adjudicateur intervenue dans le cadre d'une procédure de passation de marché lorsque la décision en cause

- 1) est contraire aux dispositions de la présente loi fédérale ou de ses arrêtés d'exécution et
- 2) a une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication.

2. L'annulation d'une décision illégale peut en particulier prendre la forme d'une suppression des conditions discriminatoires pour des entrepreneurs relatives aux spécifications techniques, économiques ou

financières figurant dans les cahiers des charges ou dans tout autre document de l'appel d'offres.

3. Après l'attribution du marché, le Bundesvergabeamt, en respectant les conditions du paragraphe 1, constate uniquement si l'illégalité alléguée est réelle ou non.»

II — *Le litige au principal*

16. La république d'Autriche, en qualité de pouvoir adjudicateur (ci-après la «défenderesse au principal»), a lancé un appel d'offres par le biais d'une procédure de passation de marché ouverte pour la fourniture d'électricité. Le marché portait sur la conclusion d'un contrat-cadre, suivi de contrats d'application, ayant pour objet l'approvisionnement en électricité de tous les services de l'administration fédérale situés dans le Land de Carinthie. La durée du contrat était fixée du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2003. L'appel d'offres, qui a été publié dans le *Journal officiel des Communautés européennes* le 27 mars 2001, mentionnait, sous la rubrique: «Critères d'attribution», ce qui suit:

«Offre économiquement la plus avantageuse selon les critères suivants: incidence des prestations sur l'environnement selon le cahier des charges.»

17. L'offre devait indiquer le prix du kilowattheure en ATS. Ce prix devait s'appliquer pendant toute la durée du contrat et n'être soumis ni à révision ni à ajustement. Outre la fourniture d'électricité, le fournisseur d'énergie devait s'engager à exécuter d'autres prestations accessoires (notamment, mesurer l'électricité consommée par les services fédéraux, établir un décompte de la consommation annuelle, etc.). Le fournisseur d'énergie devait s'engager à livrer aux services fédéraux, dans la mesure où cela lui était techniquement possible, de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, mais, en tout cas, à ne pas fournir sciemment d'électricité produite par fission nucléaire. Il n'avait, cependant, pas été exigé que le fournisseur d'énergie s'engage à justifier de ses sources d'approvisionnement. Pour le cas d'une violation de l'obligation de fournir de l'énergie provenant de sources d'énergie renouvelables ou de celle de ne pas fournir d'électricité produite par fission nucléaire, il était prévu que le pouvoir adjudicateur aurait le droit de résilier le contrat, ainsi qu'une clause pénale.

18. Dans la partie introductive du cahier des charges, il était indiqué que le pouvoir adjudicateur avait conscience de ce que, pour des raisons techniques, aucun fournisseur ne pouvait garantir que l'électricité qu'il fournissait à un client déterminé était effectivement produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Le pouvoir adjudicateur serait, néanmoins, décidé à contracter avec des soumissionnaires disposant d'au moins 22,5 GWh par an d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables. La consommation annuelle

des services de l'administration fédérale, objet de l'appel d'offres, était estimée à environ 22,5 GWh. Des écarts entre la quantité effectivement fournie et ce chiffre indicatif ne devaient, cependant, pas influencer sur le prix du kilowattheure convenu.

19. À titre de motif particulier d'élimination, il était indiqué que seraient écartées les offres ne contenant pas de justificatif de ce que, «au cours des deux dernières années et/ou des deux années à venir, le soumissionnaire a produit ou acheté et/ou va produire ou acheter par an au moins 22,5 GWh d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables et l'a fournie et/ou va la fournir à des consommateurs finaux». Les critères d'attribution fixés étaient le prix net par kilowattheure, affecté d'un coefficient de 55 %, et le critère «énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables», affecté, lui, d'un coefficient de 45 %. Concernant ce dernier critère d'attribution, il était stipulé que, à cet égard, «seule sera prise en compte la quantité annuelle au-delà de 22,5 GWh d'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables que le soumissionnaire sera en mesure de fournir».

20. Les offres ont été ouvertes le 10 mai 2001. En tout, quatre offres avaient été soumises. Une offre a été présentée par le groupement de soumissionnaires Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft/Stadtwerke Klagenfurt (ci-après «KELAG») qui avait indiqué un prix de 0,44 ATS/kWh et, se référant à un tableau sur les quantités d'électricité produites ou fournies par lui et leur provenance, affirmait qu'il était en

mesure de fournir une quantité totale d'énergie renouvelable de 3 406,2 GWh. Une autre offre avait été faite par Energie Oberösterreich AG, laquelle avait offert un prix de 0,4191 ATS/kWh à partir d'une consommation annuelle de 1 million de GWh et, dans un tableau portant sur les années 1999 à 2002, avait précisé les différentes quantités d'énergie produites à partir de sources d'énergie renouvelables qu'elle était en mesure de fournir pour chaque année de cette période. La plus grande quantité indiquée était de 5 280 GWh par an. Une autre offre avait été soumise par la BEWAG, laquelle avait offert un prix de 0,465 ATS/kWh et joint un tableau portant sur la part que représentait l'énergie renouvelable sur l'ensemble de l'électricité produite ou fournie par elle, tableau dont le pouvoir adjudicateur a conclu qu'elle avait indiqué un chiffre de 449,2 GWh.

21. La dernière offre avait été présentée par le groupement d'entreprises constitué par EVN AG et Wienstrom GmbH (ci-après, ensemble, les «requérantes au principal»), qui offrait un prix de 0,52 ATS/kWh. Les requérantes au principal ne fournissaient, dans leur offre, aucun chiffre concret concernant la quantité d'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'elles étaient en mesure de fournir, mais exposaient à ce sujet simplement qu'elles disposaient de leurs propres installations de production dans lesquelles elles produisaient de l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, et ce dans une quantité représentant plusieurs fois la consommation annuelle indiquée dans l'appel d'offres qui était de 22,5 GWh. En outre, elles auraient des droits d'option sur l'électricité produite par des centrales hydro-

électriques de l'Österreichische Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft et d'autres centrales hydroélectriques autrichiennes, l'énergie achetée en complément provenant pour la majeure partie de contrats de coordination de longue durée conclus avec le plus important producteur d'énergie certifiée produite à partir de sources d'énergie renouvelables. En 1999 et en 2000, seule de l'énergie hydraulique produite en Suisse aurait été achetée et continuerait à l'être. En tout, ce serait une quantité de plusieurs fois supérieure à celle faisant l'objet de l'appel d'offres qui serait fournie à partir de sources d'énergie renouvelables et il y aurait lieu de se référer pour tout complément d'information aux comptes rendus annuels.

22. Parmi les quatre offres déposées, la défenderesse au principal a considéré comme la meilleure celle de KELAG, qui a reçu le plus grand nombre de points pour chacun des deux critères d'attribution. Les requérantes au principal ont reçu le plus faible nombre de points sur les deux critères.

23. Après avoir informé le pouvoir adjudicateur, dès les 9 et 30 mai 2001, de ce qu'elles estimaient que plusieurs dispositions de l'appel d'offres, dont le critère d'attribution «électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables», étaient illégales, les requérantes au principal ont sollicité, le 12 juin 2001, l'ouverture d'une procédure de conciliation devant la Bundes-

Vergabekontrollkommission (commission fédérale de contrôle des adjudications, ci-après la «commission fédérale»). La commission fédérale a refusé de conduire une procédure de conciliation au motif que celle-ci n'avait aucune chance d'aboutir.

le contrat résilié s'il était fait droit à ne serait-ce qu'une seule des demandes formées par les requérantes au principal devant ladite juridiction ou si l'illégalité de la décision d'attribuer le marché en cause à l'un des cosoumissionnaires des parties requérantes devait découler d'autres constatations de cette juridiction.

24. Les requérantes au principal ont alors introduit un recours auprès du Bundesvergabamt. Elles ont demandé à cette juridiction d'annuler les différentes décisions, notamment celle de refuser l'offre pour défaut d'informations sur la production et l'achat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables durant une certaine période, de prescrire comme critère d'attribution la fourniture d'informations sur la production et l'achat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans une certaine quantité et durant une certaine période et de prescrire comme critère d'attribution de disposer de plus de 22,5 GWh d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables. En outre, les parties requérantes ont sollicité que, à titre de mesure provisoire, il soit interdit au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché.

26. Le 24 octobre 2001, le contrat-cadre, assorti des conditions résolutoires fixées dans la décision susmentionnée, a été attribué à KELAG.

III — Les questions préjudicielles

27. Afin de pouvoir statuer sur les demandes formées dans la procédure de recours et tendant à l'annulation de certaines décisions du pouvoir adjudicateur, le Bundesvergabamt a été amené à poser, par ordonnance du 13 novembre 2001, les questions préjudicielles suivantes:

25. Par décision du 16 juillet 2001, le Bundesvergabamt a fait droit à la demande des parties requérantes et a interdit l'attribution du marché, dans un premier temps jusqu'au 10 septembre 2001. Sur nouvelle demande des parties requérantes, il a, par décision du 17 septembre 2001, autorisé le pouvoir adjudicateur, à titre de mesure provisoire, à attribuer le marché sous la condition que l'attribution soit révoquée et

- «1) Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36/CEE, interdisent-elles au pouvoir adjudicateur de fixer, pour un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution, affecté d'un coefficient de 45 %, exigeant du sou-

missionnaire — sans imposer de date de livraison déterminée — qu'il indique la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'il sera en mesure de fournir à une clientèle non délimitée, et attribuant le maximum de points au soumissionnaire qui indique la quantité la plus importante, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres?

2) Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665/CEE, interdisent-elles de soumettre l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication?

3) Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36/CEE, interdisent-elles de soumettre l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication si cette preuve résulte de la vérification par l'instance de recours de ce

que le classement des offres effectivement présentées diffère lorsque celles-ci font l'objet d'une nouvelle évaluation faisant abstraction du critère d'attribution illégal?

4) Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36/CEE, imposent-elles au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres si, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE, l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère être illégal?»

IV — Analyse

A — Sur la compétence de la Cour pour répondre aux questions préjudicielles

28. Dans ses observations écrites, la Commission se demande si la Cour est compétente pour répondre aux questions préjudicielles, compte tenu du fait que, selon elle, les décisions du Bundesvergabeamt ne revêtent pas un caractère jurisprudentiel.

29. À cet égard, je me réfère aux points 18 à 26 de mes conclusions du 25 février 2003 dans l'affaire *Hackermüller*⁶, dans lesquels, après avoir analysé cette même question, j'ai exprimé mon avis selon lequel le Bundesvergabeamt doit être considéré comme une juridiction au sens de l'article 234 CE s'il exerce, comme en l'espèce, ses compétences avant l'attribution du marché.

30. Je suis donc d'avis que la Cour est compétente pour répondre aux questions posées par le Bundesvergabeamt.

B — Sur la première question préjudicielle

31. Par la première question préjudicielle, le Bundesvergabeamt demande si les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, interdisent au pouvoir adjudicateur de fixer, pour un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution, affecté d'un coefficient de 45 %, exigeant du soumissionnaire — sans imposer de date de livraison déterminée — qu'il indique la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'il sera en mesure de fournir à une clientèle non déli-

mitée, et attribuant le maximum de points au soumissionnaire qui indique la quantité la plus importante, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres.

32. Il résulte des explications dans l'ordonnance de renvoi que cette question constitue le résumé de plusieurs problèmes auxquels le Bundesvergabeamt se trouve confronté. Je propose de les traiter dans l'ordre suivi par celui-ci.

1) Sur l'admissibilité de critères visant à obtenir des avantages non susceptibles d'évaluation financière immédiate

33. En premier lieu, le Bundesvergabeamt se demande si le droit communautaire des marchés publics autorise le pouvoir adjudicateur à fixer des critères visant à obtenir des avantages non susceptibles d'évaluation financière immédiate, comme le respect de l'environnement. Il a certains doutes à cet égard, compte tenu du fait que, selon ses constatations, la Commission défend la position selon laquelle un critère d'attribution doit procurer au pouvoir adjudicateur un avantage économique direct.

⁶ — C-249/01, arrêt du 19 juin 2003, Rec. p. I-6319, p. I-6321.

34. Il convient de constater que, depuis que le Bundesvergabeamt a formulé sa question et depuis que les parties intervenantes ont déposé leurs observations écrites, la Cour s'est prononcée à ce sujet dans l'arrêt du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*⁷.

35. Elle y a jugé, au point 69, que, «[...] lorsque [...] le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères écologiques [...] pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination».

36. Par ailleurs, la Cour a expressément jugé, au point 55 de ce même arrêt, que l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services⁸, dont le texte est, en substance, identique à celui de l'article 26, paragraphe 1, sous b), de la directive 93/36, «[...] ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le

pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit nécessairement être de nature purement économique [...]».

37. Sous réserve des conditions formulées par la Cour et citées ci-dessus, il est donc licite pour un pouvoir adjudicateur d'insérer dans un appel d'offres des critères d'attribution à caractère environnemental. Que la livraison d'électricité verte s'analyse comme un tel critère ne fait aucun doute, ce que nous confirme, d'ailleurs, la lecture de l'arrêt du 13 mars 2001, *PreussenElektra*⁹, selon lequel «[...] il y a lieu de relever que l'utilisation de sources d'énergie renouvelables pour la production d'électricité [...] est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où elle contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui figurent parmi les principales causes des changements climatiques que la Communauté européenne et ses États membres se sont engagés à combattre»¹⁰.

2) Sur la vérification par le pouvoir adjudicateur de la question de savoir si l'offre d'un soumissionnaire répond au critère d'attribution formulé dans l'appel d'offres

38. En deuxième lieu, il se pose, selon le Bundesvergabeamt, un problème du fait de

7 — C-513/99, Rec. p. I-7213.

8 — JO L 209, p. 1.

9 — C-379/98, Rec. p. I-2099.

10 — Arrêt *PreussenElektra*, précité, point 73.

la manière dont le critère «énergie renouvelable» a été concrètement formulé. Celui-ci explique que le pouvoir adjudicateur a lui-même admis ne pas être en mesure de contrôler techniquement si l'électricité livrée a, effectivement, été produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Dans ces conditions, il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir s'il est permis au pouvoir adjudicateur de prévoir un critère d'attribution dont il est impossible de vérifier s'il permet d'atteindre l'objectif recherché.

39. Seul le gouvernement néerlandais analyse explicitement ce problème soulevé par le Bundesvergabamt. Selon lui, les dispositions de droit communautaire applicables aux procédures de passation de marchés imposent qu'un pouvoir adjudicateur recoure uniquement à des critères d'attribution qui permettent un contrôle effectif de l'exactitude des informations reprises par les fournisseurs en ce qui concerne les critères d'attribution fixés.

40. Je me rallie à cette position prise par le gouvernement néerlandais.

41. En effet, comme l'indique celui-ci, «[s]'il était permis à un pouvoir adjudicateur de prescrire des critères d'attribution tout en indiquant qu'il n'est ni disposé ni en mesure de contrôler si les fournisseurs ont présenté dans leur offre des informations correctes à cet égard, le processus de prise de décision du pouvoir adjudicateur ne pourrait plus se dérouler dans l'objectivité

et la transparence. [...] Une telle méthode de passation serait contraire aux principes généraux du droit des marchés publics, tels que reconnus par la Cour dans sa jurisprudence, notamment les principes d'égalité et de transparence, ainsi que l'interdiction de l'arbitraire».

42. On peut se référer, à cet égard, à l'arrêt du 22 juin 1993, *Commission/Danemark*¹¹, dans lequel la Cour a jugé, au point 37, que «[...] il convient de constater [...] que le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires exige que toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les différents soumissionnaires»¹².

43. Dans ce même sens, la Cour a jugé, au point 44 de l'arrêt du 18 octobre 2001, *SIAC Construction*¹³, que, «[...] lors de l'évaluation des offres, les critères d'attribution doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires [...]»¹⁴.

44. Or, il me paraît qu'il n'existe aucune garantie à ce qu'un critère d'attribution soit appliqué de façon objective et uniforme à

11 — C-243/89, Rec. p. I-3353.

12 — Souligné par l'auteur. Voir aussi arrêt du 25 avril 1996, *Commission/Belgique (C-87/94, Rec. p. I-2043, point 70)*.

13 — C-19/00, Rec. p. I-7725.

14 — Souligné par l'auteur.

tous les soumissionnaires si le pouvoir adjudicateur laisse entendre dans l'appel d'offres qu'il ne vérifiera pas si les soumissionnaires remplissent effectivement ce critère.

45. Certes, il n'est pas évident de savoir de quelle source vient l'électricité livrée en ce sens qu'un consommateur ne dispose d'aucun moyen de voir si l'électricité de sa prise de courant est produite de sources d'énergie renouvelables ou non.

46. Cette difficulté a été reconnue par la Cour dans l'arrêt *PreussenElektra*, précité, où elle a jugé, au point 79, que «[...] la nature de l'électricité est telle que, une fois admise dans le réseau de transport ou de distribution, il est difficile d'en déterminer l'origine et notamment la source d'énergie à partir de laquelle elle a été produite».

47. La Cour a, cependant, aussitôt ajouté, au point 80 de ce même arrêt, que, «[à] cet égard, la Commission a estimé, dans sa proposition de directive 2000/C 311 E/22 du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité (JO 2000, C 311 E, p. 320), présentée le 31 mai 2000 [et devenue entre-temps la directive 2001/77], que la mise en œuvre, dans chaque État membre, d'un système de certificats d'origine de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables,

susceptibles de faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle, est indispensable afin de rendre les échanges de ce type d'électricité à la fois fiables et possibles en pratique».

48. Il s'ensuit donc que, même s'il n'est pas facile de déterminer l'origine de l'électricité livrée, il existe des moyens pour le faire, par exemple en exigeant des certificats ou, comme le relève le gouvernement néerlandais, «en exigeant des soumissionnaires la preuve de la quantité d'électricité produite ou achetée par eux et provenant de sources renouvelables, ainsi que de la quantité d'électricité de source renouvelable qu'il destine, selon les contrats qu'il a conclus, à d'autres clients que le pouvoir adjudicateur».

3) Sur le lien entre le critère d'attribution et l'objectif que le pouvoir adjudicateur s'est fixé

49. En troisième lieu, selon le Bundesvergabeamt, «le critère d'attribution fixé souève dans ce contexte un autre problème. Puisqu'on tient compte uniquement de la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qui pourra être fournie et qu'il n'est pas vérifié dans quelle mesure l'adjudicataire concret, de par ses structures de production, contribue effectivement à l'augmentation des quantités d'électricité qui sont produites à partir de sources d'énergie renouvelables, on peut également s'interroger sur le point de savoir

dans quelle mesure ce critère d'attribution peut permettre d'atteindre l'objectif fixé par le pouvoir adjudicateur. Il est, en effet, bien possible que la quantité d'électricité produite à partir d'énergie renouvelable ne soit en rien influencée par ce critère d'attribution puisqu'il appartient entièrement à l'adjudicatrice de décider s'il produit cette électricité ou s'il s'approvisionne auprès d'autres sources»¹⁵.

50. À cet égard, comme le relève à juste titre le gouvernement néerlandais, qui est la seule partie intervenante à prendre position sur ce problème soulevé par le Bundesvergabeamt, s'agissant de la nature de la prestation à exécuter, à savoir en l'espèce la fourniture d'électricité produite à partir de sources renouvelables, il est indifférent que le fournisseur ait fourni cette électricité lui-même ou l'ait achetée à d'autres fournisseurs d'électricité du même type. L'électricité de source renouvelable fournie est de nature comparable, qu'elle ait été produite par le fournisseur ou par un tiers.

51. En outre, je suis d'avis que le fait que le critère d'attribution ne permette pas, selon les constatations du Bundesvergabeamt, d'atteindre l'objectif fixé par le pouvoir adjudicateur, à savoir l'augmentation des quantités d'électricité qui sont produites à partir de sources d'énergie renouvelables, n'est, à lui seul, pas un indice que ce critère serait contraire à la réglementation communautaire en matière de marchés publics.

52. Même si les objectifs en matière de protection de l'environnement que le pouvoir adjudicateur s'est fixés en insérant ce critère ne sont pas atteints, il n'en découle pas que le critère de nature environnementale inséré dans un appel d'offre serait irrégulier.

4) Sur le lien entre le critère d'attribution et l'objet du marché

53. En quatrième lieu, selon le Bundesvergabeamt, «[d]ans la mesure où le critère en cause pose uniquement la question de savoir quelle quantité totale pourra être fournie et qu'il ne s'attache pas à la quantité qui pourra être fournie au pouvoir adjudicateur — le pouvoir adjudicateur a de toute façon opté de manière exclusive pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables — on peut s'interroger si un critère d'attribution de ce type entraîne des avantages économiques directs pour le pouvoir adjudicateur».

54. Cette question du lien entre le critère d'attribution et l'objet du marché a été largement débattue par les parties intervenantes.

55. La défenderesse au principal ainsi que le gouvernement autrichien estiment que, par le fait que, pour déterminer l'offre la

15 — Souligné par l'auteur.

plus avantageuse dans la procédure d'adjudication en cause, il a été pris en considération, outre le prix, la quantité d'électricité verte que chaque soumissionnaire était en mesure de livrer au-delà de la quantité de 22,5 GWh, laquelle devait être assurée en tout état de cause, le pouvoir adjudicateur a érigé en critère d'attribution la sécurité d'approvisionnement en électricité d'une qualité particulière.

56. À ce sujet, le gouvernement autrichien explique que, plus la quantité d'énergie dont une entreprise dispose est élevée, plus la sécurité de livraison est grande, permettant d'assurer l'approvisionnement avec la prestation demandée lors de pics de charge du réseau d'électricité ou dans le cas d'une importante augmentation temporaire de la consommation de l'acheteur d'électricité.

57. Or, selon ce même gouvernement, soutenu par la défenderesse au principal, la sécurité de livraison en tant que telle n'est en rien un critère étranger à la prestation, mais plutôt un critère économique: plus un soumissionnaire est performant, plus le risque est faible pour le pouvoir adjudicateur que sa demande ne puisse être satisfaite et de devoir éventuellement trouver à brève échéance une alternative coûteuse.

58. Selon le gouvernement suédois, il ne ressort ni de la lettre de la directive 93/36 ni de la jurisprudence que l'entité adjudicatrice doit elle-même retirer un avantage

économique des critères d'attribution qu'elle applique. Les critères prescrits dans l'appel d'offres étaient, selon lui, aptes à promouvoir la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, ce qui aboutit à des avantages sous la forme d'un moindre impact sur l'environnement et de cette façon à un meilleur environnement pour tous. Selon ce même gouvernement, on crée ainsi les conditions d'un développement durable.

59. En revanche, les requérantes au principal, le gouvernement néerlandais et la Commission estiment que le critère d'attribution, en ce qu'il stipule que seule est prise en compte la fraction d'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables au-delà de 22,5 GWh par an, ce qui correspond à l'estimation de la consommation annuelle des services fédéraux visés par le marché, est contraire à la directive 93/36 dès lors qu'il n'y a pas de lien suffisant entre ce critère et l'objet du marché.

60. Selon les requérantes au principal, le critère d'attribution en question note en réalité la capacité des soumissionnaires à fournir une quantité aussi importante que possible d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et ainsi, en définitive, les soumissionnaires eux-mêmes. Selon elles, le critère d'attribution est donc, en réalité, un critère de sélection déguisé.

61. Que faut-il penser de ces arguments?

62. D'abord, il est, certes, vrai, comme l'observent à juste titre la défenderesse au principal et le gouvernement autrichien, que la Cour a jugé, au point 44 de l'arrêt du 28 mars 1995, *Evans Medical et Macfarlan Smith*¹⁶, que «[...] la sécurité d'approvisionnement peut faire partie des critères à prendre en compte [...] pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse [...]».

63. Cependant, la question de savoir si le critère d'attribution dont il s'agit en l'espèce vise à garantir la sécurité d'approvisionnement constitue une question de fait à trancher par la juridiction de renvoi.

64. Or, le Bundesvergabeamt ne fait aucune allusion dans son ordonnance de renvoi au fait que ce critère devrait effectivement être compris comme voulant garantir la sécurité d'approvisionnement. Je pars donc, dans l'analyse qui suit, de l'hypothèse que le critère en question ne vise pas cet objectif.

16 — C-324/93, Rec. p. I-563.

65. Se pose, ensuite, la question de savoir si la directive 93/36 exige l'existence d'un lien entre le critère d'attribution et l'objet du marché.

66. Dans mes conclusions du 13 décembre 2001 dans l'affaire *Concordia Bus Finland*, précitée, en me référant à l'arrêt du 26 septembre 2000, *Commission/France*¹⁷, dans lequel la Cour a jugé valable, dans son principe, un critère d'attribution relatif à l'emploi, lié à une action locale de lutte contre le chômage, j'avais indiqué qu'une telle exigence n'était pas évidente¹⁸.

67. Cependant, dans l'arrêt *Concordia Bus Finland*, précité, la Cour a explicitement et clairement pris position sur cette question en jugeant, au point 69, que «[...] le pouvoir adjudicateur [...] peut prendre en considération des critères écologiques [...] pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché [...]»¹⁹.

68. Or, comme l'observent, à juste titre, les requérantes au principal, le gouvernement néerlandais et la Commission, un critère d'attribution consistant à attribuer des points pour la quantité d'électricité produite

17 — C-225/98, Rec. p. I-7445.

18 — Points 110 à 112 des conclusions précitées. L'analyse concernait la directive 92/50 dont les dispositions pertinentes sont, cependant, en substance, identiques à celles de la directive 93/36. Voir déjà le point 36 ci-dessus.

19 — Souligné par l'auteur.

à partir de sources d'énergie renouvelables que le soumissionnaire sera en mesure de fournir à une clientèle non délimitée, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres, n'est pas lié à l'objet du marché. Déjà par sa formulation même, il est, en effet, clair qu'un tel critère ne concerne précisément pas l'objet lui-même du marché.

69. Je suis donc d'avis qu'un tel critère est contraire aux exigences découlant de la directive 93/36.

70. Par ailleurs, il me paraît, en l'espèce, susceptible de créer une discrimination entre les soumissionnaires et, plus particulièrement, entre les fournisseurs de petite taille, d'une part, et de grande taille, d'autre part.

71. Imaginons deux fournisseurs qui sont en mesure de livrer l'électricité faisant l'objet du marché, à savoir environ 22,5 GWh par an en électricité verte. L'un est un fournisseur de petite taille qui se spécialise dans la livraison d'électricité verte et pour lequel le marché en question constitue un marché important. L'autre constitue un fournisseur de très grande taille pour qui l'électricité verte ne constitue qu'une petite partie de son activité mais qui est, néanmoins, par sa taille, capable de livrer plus d'électricité verte que l'autre fournisseur. Par définition, le marché en question n'est qu'un petit marché pour ce fournisseur de grande taille.

72. Or, il résulte de cet exemple, certes hypothétique, que, parmi les deux fournisseurs qui sont parfaitement capables de répondre aux conditions du marché, le critère d'attribution en question ne fait, en réalité, rien d'autre qu'avantager le grand fournisseur en raison de sa taille. Or, la taille de l'entreprise ne constitue pas, à elle seule, une raison objective justifiant une différence de traitement entre deux soumissionnaires qui peuvent satisfaire les conditions liées à l'objet d'un marché.

5) Sur l'omission de la part du pouvoir adjudicateur de déterminer dans l'appel d'offres pour quelle période de livraison les soumissionnaires doivent indiquer dans leurs offres la quantité d'électricité de sources renouvelables qu'ils peuvent fournir

73. En cinquième lieu, le Bundesvergabeamt constate «que le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé de date de livraison déterminée pour laquelle il convenait d'indiquer la quantité qui pourra être fournie». Il en déduit que «il semble que le critère fixé ne puisse nullement faire l'objet d'une vérification détaillée, accorde au pouvoir adjudicateur un trop large pouvoir d'attribution et soit contraire au principe de comparabilité des offres, découlant du principe de transparence».

74. Ainsi que le relève, à juste titre, le gouvernement néerlandais, qui est la seule partie intervenante à prendre explicitement

position sur ce point, les soumissionnaires doivent être informés à l'avance des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur. Ces critères doivent être formulés de sorte à rendre possible une comparaison honnête et objective des diverses offres.

d'accorder à un élément insusceptible d'évaluation financière directe une influence aussi importante sur la décision d'attribution».

75. À cet égard, on peut se référer à l'arrêt SIAC Construction, précité, dans lequel la Cour a jugé, au point 42, que «[...] les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière».

78. À cet égard, je suis d'avis que, pour autant que le pouvoir adjudicateur retienne des critères d'attribution valables, il est, comme l'observe la défenderesse au principal, en principe, libre de décider de la pondération de ces critères.

76. Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si, au regard de tous les éléments du dossier au principal, les critères d'attribution du marché en cause répondent à cette exigence.

79. La Cour a, en effet, jugé, au point 42 de l'arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, que «[...] le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne pouvant toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse».

6) La pondération du critère d'attribution à raison de 45 %

77. Finalement, selon le Bundesvergabeamt, «la pondération du critère en cause, à raison de 45 %, paraît également problématique, puisqu'on pourrait objecter qu'il est interdit au pouvoir adjudicateur

80. Or, si le pouvoir adjudicateur est libre de choisir les critères d'attribution, il me paraît également libre de choisir la pondération entre ces critères, pour autant que ceux-ci visent à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

7) Conclusion relative à la première question

81. En tenant compte de ce qui précède, je propose de répondre à la première question posée par le Bundesvergabeamt que les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, interdisent au pouvoir adjudicateur de fixer pour un marché de fourniture d'électricité un critère d'attribution, affecté d'un coefficient de 45 %, exigeant du soumissionnaire — sans imposer de date de livraison déterminée — qu'il indique la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'il sera en mesure de fournir à une clientèle non délimitée, et attribuant le maximum de points au soumissionnaire qui indique la quantité la plus importante, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres.

C — *Sur la deuxième question préjudicielle*

82. Par la deuxième question préjudicielle, le Bundesvergabeamt demande si les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665, interdisent de soumettre l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665 à la con-

dition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication.

83. Au sujet de cette question, le Bundesvergabeamt explique que «la disposition nationale qu'il est tenu d'appliquer dans la procédure de recours ne lui permet pas d'annuler une décision du pouvoir adjudicateur au seul motif qu'il l'estime illégale. Au contraire, la disposition applicable en la matière, l'article 117, paragraphe 1, point 2, du BVergG, exige que la décision attaquée dans le cadre de la procédure de recours ait, en outre, une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication». Il se demande si une telle condition est conforme au droit communautaire.

84. À cet égard, il convient de constater, d'abord, avec le gouvernement autrichien, que la règle nationale en cause concerne non pas la question, régie par l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 89/665, de savoir dans quelles conditions un soumissionnaire peut introduire un recours, mais la question de savoir dans quelles conditions une décision du pouvoir adjudicateur peut être annulée.

85. Ensuite, comme l'observe, à juste titre, le gouvernement autrichien, la directive 89/665, et, plus particulièrement, son arti-

cle 2, paragraphe 1, sous b)²⁰, ne fixe pas de telles conditions pour procéder à l'annulation. Concrètement, elle ne contient aucune disposition sur le point de savoir si l'annulation d'une décision illégale dans le cadre d'une procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de cette directive peut être soumise à la condition qu'il soit prouvé que la décision illégale ait eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication.

86. Or, ainsi qu'il ressort des arrêts récents du 18 juin 2002, HI²¹, et du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*²², le droit communautaire ne s'oppose, en principe, pas à ce que le droit national règle des aspects de la procédure de recours qui ne sont pas définis par la directive «[...] pour autant que les règles nationales applicables ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (voir, par analogie, arrêts du 20 septembre 2001, *Banks*, C-390/98, Rec. p. I-6117, point 121, et *Courage et Crehan*, C-453/99, Rec. p. I-6297, point 29)»²³.

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

[...]

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

[...]

21 — C-92/00, Rec. p. I-5553.

22 — C-470/99, Rec. p. I-11617.

23 — Arrêt HI, précité, point 67.

87. Il incombe donc à la juridiction de renvoi de vérifier, en tenant compte des particularités de l'espèce, si la condition précitée n'est pas moins favorable que celle concernant des recours similaires de nature interne et qu'elle ne rend pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

88. Je propose, dès lors, de répondre à la deuxième question préjudicielle que les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665, n'interdisent pas de soumettre l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665 à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication, pour autant que cette condition ne soit pas moins favorable que celle s'appliquant à des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elle ne rende pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité).

D — Sur la troisième question préjudicielle

89. Par sa troisième question préjudicielle, le Bundesvergabeamt demande si les dispositions du droit communautaire régissant

la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, interdisent de soumettre l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665 à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication, si cette preuve résulte de la vérification par l'instance de recours de ce que le classement des offres effectivement présentées diffère lorsque celles-ci font l'objet d'une nouvelle évaluation faisant abstraction du critère d'attribution illégal.

1) Commentaires du Bundesvergabeamt

90. Au sujet de cette question, le Bundesvergabeamt explique que «les travaux préparatoires auxquels les méthodes autrichiennes d'interprétation imposent de recourir ordonnent [...] à l'instance de recours de trancher la question de savoir si la décision du pouvoir adjudicateur qui est attaquée est essentielle pour l'issue de la procédure d'adjudication, en vérifiant s'il y aurait lieu d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire si le pouvoir adjudicataire procédait de manière régulière».

91. Concrètement, cela signifie, selon le Bundesvergabeamt, que «l'instance de recours devrait faire abstraction du critère d'attribution considéré comme illégal et examiner les offres effectivement présentées

à l'aide des critères d'attribution restants et constater s'il en résulte une modification du classement en comparaison de l'appréciation effectuée par le pouvoir adjudicateur».

92. Le Bundesvergabeamt a, cependant, des doutes quant à la conformité de cette façon de procéder avec le droit communautaire. Il relève, notamment, que, «en procédant de cette manière, manifestement imposée par le droit interne, la décision d'attribution du marché serait prise dans le cadre de la procédure de recours et les offres seraient évaluées à l'aide d'une pondération de critères dont les soumissionnaires n'avaient pas été informés et qu'ils n'avaient donc pas non plus pu prendre en considération lors de la rédaction de leur offre. Cette conséquence semble [...] être contraire à l'article 26, paragraphe 2, de la directive, d'autant plus qu'un soumissionnaire pourrait, de manière fondée, faire valoir qu'il aurait rédigé son offre différemment et en conséquence s'il avait su qu'une autre pondération des critères (en l'espèce, le prix serait affecté d'un coefficient de 100 % au lieu de 55 %) serait appliquée».

93. Si cette interprétation s'impose, la seule solution semble être, selon le Bundesvergabeamt, «la révocation de l'appel d'offres, puisque sinon la procédure d'adjudication serait poursuivie en appliquant une pondération de critères qui n'a été ni fixée par le pouvoir adjudicateur ni connue des soumissionnaires».

2) Arguments des parties

94. La défenderesse au principal et le gouvernement autrichien, dans leurs observations écrites, ne partagent pas les doutes émis par le Bundesvergabeamt quant à la conformité avec le droit communautaire de la façon de procéder décrite par lui.

95. La défenderesse au principal fait valoir qu'une violation des dispositions en matière de passation des marchés publics qui n'entraîne pas un classement différent des offres ne modifie en rien la détermination de la meilleure offre. Or, selon cette même partie intervenante, si la détermination de la meilleure offre n'est pas affectée, le soumissionnaire exerçant le recours juridictionnel n'obtiendra ni le marché ni un dédommagement.

96. Par ailleurs, elle observe que le fait de faire abstraction du critère d'attribution en question n'aurait, selon elle, rien modifié en ce qui concerne la procédure d'adjudication en cause. Elle fait valoir, en effet, que KELAG avait également proposé le prix de loin le plus bas.

97. Le gouvernement autrichien soutient qu'il serait incompréhensible qu'une procédure de recours doive avoir lieu à la demande d'un soumissionnaire qui serait classé à une place qui ne laisse aucun espoir,

alors que l'illégalité dont il prétend que la procédure d'adjudication est affectée ne signifierait, de toute manière, pas que lui ou d'autres tiers éventuellement concernés auraient été mieux classés, même en cas de déroulement régulier de la procédure d'adjudication.

98. À l'audience, le gouvernement autrichien a, cependant, fait valoir que le Bundesvergabeamt a posé sa troisième question préjudicielle en tenant compte d'une réglementation autrichienne qui a été abrogée depuis plusieurs années et que, sur le fond, il se rallie à la position exprimée par la Commission.

99. Cette dernière ainsi que les requérantes au principal estiment que la façon de procéder décrite par le Bundesvergabeamt serait contraire au droit communautaire.

100. Les requérantes au principal soutiennent que le fait de faire abstraction d'un critère d'attribution prévu, même si celui-ci est illégal, méconnaîtrait des principes centraux du droit communautaire en matière de passation des marchés publics, comme la publicité et la transparence.

101. La Commission observe que la troisième question préjudicielle ne devrait pas se poser, car ni le pouvoir adjudicateur ni

l'instance de recours ne peuvent modifier les critères d'attribution après leur notification.

102. Les gouvernements suédois et néerlandais n'ont pas pris position sur cette question préjudicielle.

3) Appréciation

103. Observons tout d'abord que la remarque du gouvernement autrichien selon laquelle le Bundesvergabeamt, en posant la troisième question préjudicielle, se serait inspiré d'une réglementation nationale qui aurait été abrogée depuis plusieurs années ne devrait pas nous empêcher de répondre à cette question.

104. Il est, en effet, de jurisprudence constante qu'il appartient au seul juge national d'apprécier la pertinence des questions qu'il pose à la Cour²⁴.

24 — Voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1995, *Bosman* (C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59); du 25 juin 2002, *Bigi* (C-66/00, Rec. p. I-5917, point 18), et du 10 décembre 2002, *Der Weduwe* (C-153/00, Rec. p. I-11319, point 31).

105. Ensuite, en tenant compte des explications du Bundesvergabeamt ainsi que de la réponse que je propose de formuler à la deuxième question préjudicielle, j'estime qu'il convient de comprendre la troisième question préjudicielle comme visant, en substance, à savoir si une règle de droit interne, telle que celle prévue à l'article 117 du BVergG, qui soumet l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication, se heurte au principe d'effectivité dans la mesure où cette règle oblige la juridiction nationale à vérifier si le classement des offres effectivement présentées diffère lorsque celles-ci font l'objet d'une nouvelle évaluation faisant abstraction du critère d'attribution illégale.

106. Je suis d'avis que la réponse à cette question est positive.

107. En effet, ainsi que le relève, à juste titre, la Commission, la Cour a jugé dans l'arrêt *SIAC Construction*, précité, que:

«41 [...] [L]e principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect (voir, par analogie, arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia* et 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31).

42 Cela signifie, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière.

43 Cette obligation de transparence implique également que le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir à la même interprétation des critères tout au long de la procédure (voir, en ce sens, arrêt Commission/Belgique, C-87/94, Rec. p. I-2043, points 88 et 89)²⁵.

108. Or, il en résulte, a fortiori, que, pour respecter le principe d'égalité de traitement, on doit se tenir aux mêmes critères d'attribution tout au long de la procédure.

109. En ce qu'elle se fonde sur le principe d'égalité de traitement, cette interprétation ne saurait être mise en cause par une référence, effectuée par le gouvernement autrichien dans ses observations écrites, aux versions française et anglaise de l'article 26,

paragraphe 2, de la directive 93/36²⁶, dont il découlerait, selon lui, qu'une modification des critères d'attribution au cours de la procédure ne saurait a priori être exclue.

110. Cette condition selon laquelle les critères d'attribution ne sauraient être modifiés tout au long de la procédure n'est pas remplie si l'instance de recours, appelée à vérifier si les conditions pour procéder à l'annulation sont remplies, effectuée une nouvelle évaluation des offres en faisant abstraction d'un des critères d'attribution.

111. En effet, une telle façon de procéder revient, en réalité, à modifier les critères d'attribution par rapport à ceux qui avaient été fixés par le pouvoir adjudicateur, ce qui ne saurait, d'ailleurs, pas être supposé comme étant sans effet sur la situation des différents soumissionnaires.

112. À cet égard, ainsi que l'observent à juste titre le Bundesvergabeamt et les requérantes au principal, si les critères d'attribution formulés dans l'appel d'offres avaient été autres que ceux figurant effec-

26 — «Dans le cas visé au paragraphe 1 point b), le pouvoir adjudicateur mentionne, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée» et «In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall state in the contract documents or in the contract notice all the criteria they intend to apply to the award, where possible in descending order of importance». Souligné par l'auteur.

25 — Souligné par l'auteur.

tivement dans celui-ci, aussi bien le soumissionnaire ayant introduit le recours que les autres soumissionnaires auraient bien pu introduire une offre différente. En l'espèce, comme l'indique à bon droit le Bundesvergabeamt, il serait tout à fait concevable qu'un soumissionnaire qui avait escompté obtenir des points sur le critère de l'énergie renouvelable aurait proposé un prix moins élevé s'il avait su que le critère du prix serait finalement le seul à être appliqué.

les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, imposent au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres si, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665, l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère être illégal.

113. Je propose donc de répondre à la troisième question préjudicielle que les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, interdisent de soumettre l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665 à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication, si cette preuve résulte de la vérification par l'instance de recours de ce que le classement des offres effectivement présentées diffère lorsque celles-ci font l'objet d'une nouvelle évaluation faisant abstraction du critère d'attribution illégal.

115. Il découle des explications du Bundesvergabeamt au sujet de la troisième question préjudicielle que la quatrième question est intimement liée à la troisième en ce sens que, dans l'esprit de celui-ci, une réponse positive à la troisième question appellerait automatiquement une réponse positive à la quatrième question.

116. Les parties intervenantes qui ont pris position sur cette question ont également proposé une réponse à cette quatrième question qui va dans le même sens que la réponse qu'elles ont respectivement proposée à la troisième question préjudicielle.

E — *Sur la quatrième question préjudicielle*

114. Par sa quatrième question préjudicielle, le Bundesvergabeamt demande si

117. Pour ma part, j'estime qu'il est nécessaire de reformuler la quatrième question afin de pouvoir y répondre utilement.

118. On ne saurait, en effet, déduire du seul fait que, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665, l'un des critères d'attribution s'est avéré être illégal que le pouvoir adjudicateur doit retirer l'appel d'offres.

l'article 1^{er} de la directive 89/665, l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère être illégal et est, de ce fait, annulé par l'instance de recours.

119. Ainsi que l'ont observé, à juste titre, à l'audience la défenderesse au principal et le gouvernement autrichien, si le recours est introduit après la conclusion du contrat et si un État membre utilise la faculté prévue à l'article 2, paragraphe 6, deuxième alinéa, de la directive 89/665²⁷, la constatation effectuée lors de la procédure de recours, selon laquelle un critère d'attribution est illégal, ne donnera pas lieu à un retrait de l'appel d'offres, mais seulement au dédommagement du soumissionnaire écarté.

121. Formulée de cette façon, la question appelle, selon moi, une réponse positive.

122. En effet, ainsi qu'il résulte de l'examen de la troisième question préjudicielle, les critères d'attribution doivent rester les mêmes tout au long de la procédure d'appel d'offres. Un pouvoir adjudicateur ne saurait donc continuer une telle procédure en cas d'annulation par l'instance de recours d'un critère d'attribution.

120. La question qui se pose est, dès lors, de savoir si les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, imposent au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres si, dans le cadre de la procédure de recours au titre de

123. Je propose, dès lors, de répondre à la quatrième question préjudicielle que les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, imposent au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres si, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665, l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère être illégal et est, de ce fait, annulé par l'instance de recours.

27 — «[...] [U]n État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation».

V — Conclusion

124. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose de répondre:

— à la première question préjudicielle:

«Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, interdisent au pouvoir adjudicateur de fixer pour un marché de fourniture d'électricité un critère d'attribution, affecté d'un coefficient de 45 %, exigeant du soumissionnaire — sans imposer de date de livraison déterminée — qu'il indique la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'il sera en mesure de fournir à une clientèle non délimitée, et attribuant le maximum de points au soumissionnaire qui indique la quantité la plus importante, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres»;

— à la deuxième question préjudicielle:

«Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 2, paragraphe 1, sous b), 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, n'interdisent pas de soumettre l'annulation d'une décision illégale

dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665 à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication, pour autant que cette condition ne soit pas moins favorable que celle s'appliquant à des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elle ne rende pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)»;

— à la troisième question préjudicielle:

«Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, interdisent de soumettre l'annulation d'une décision illégale dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665 à la condition qu'il soit établi que cette décision a eu une influence essentielle sur l'issue de la procédure d'adjudication si cette preuve résulte de la vérification par l'instance de recours de ce que le classement des offres effectivement présentées diffère lorsque celles-ci font l'objet d'une nouvelle évaluation faisant abstraction du critère d'attribution illégal»;

— à la quatrième question préjudicielle:

«Les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, imposent au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres si, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1^{er} de la directive 89/665, l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère être illégal et est, de ce fait, annulé par l'instance de recours».