

ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)  
4 décembre 2003 \*

Dans l'affaire C-448/01,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par le Bundesvergabeamt (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

**EVN AG,**

**Wienstrom GmbH**

et

**Republik Österreich,**

en présence de:

**Stadtwerke Klagenfurt AG**

et

**Kärntner Elektrizitäts-AG,**

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de 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 (JO L 199, p.1), ainsi que des

\* Langue de procédure: l'allemand.

articles 1<sup>er</sup> 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 travaux (JO L 395, p. 33) telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

LA COUR (sixième chambre),

composée de M. V. Skouris (rapporteur), faisant fonction de président de la sixième chambre, MM. C. Gulmann, J.-P. Puissochet et R. Schintgen, et M<sup>me</sup> N. Colneric, juges,

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

considérant les observations écrites présentées:

— pour EVN AG et Wienstrom GmbH, par M<sup>e</sup> M. Öhler, Rechtsanwalt,

— pour la Republik Österreich, par M<sup>e</sup> A. Gerscha, Rechtsanwalt,

- pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,
  
- pour le gouvernement néerlandais, par M<sup>me</sup> S. Terstal, en qualité d'agent,
  
- pour le gouvernement suédois, par M<sup>me</sup> K. Renman, en qualité d'agent,
  
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. M. Nolin, en qualité d'agent, assisté de M<sup>e</sup> T. Eilmansberger, Rechtsanwalt,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de EVN AG et Wienstrom GmbH, de la Republik Österreich, du gouvernement autrichien et de la Commission à l'audience du 23 janvier 2003,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 27 février 2003,

rend le présent

### Arrêt

- 1 Par ordonnance du 13 novembre 2001, parvenue à la Cour le 20 novembre suivant, le Bundesvergabeamt a posé, en application de l'article 234 CE, quatre questions préjudicielles sur l'interprétation de 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 (JO L 199, p. 1), ainsi que des articles 1<sup>er</sup> 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 travaux (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1, ci-après la «directive 89/665»).
  
- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant le groupement d'entreprises constitué par les sociétés EVN AG et Wienstrom GmbH à la Republik Österreich, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, au sujet de l'attribution d'un marché public de fournitures pour lequel les requérantes au principal avaient soumissionné.

## Le cadre juridique

### *La réglementation communautaire*

- 3 L'article 26, de la directive 93/36, qui figure sous le titre IV, chapitre 3, de celle-ci, intitulé «Critères d'attribution du marché», dispose à ses paragraphes 1, sous b), et 2:

«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.

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.»

- 4 Il ressort du sixième considérant de la directive 89/665 qu'il est nécessaire d'assurer que, dans tous les États membres, des procédures adéquates permettent l'annulation des décisions illégales et l'indemnisation des personnes lésées par une violation.
- 5 Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/665:

«1. Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/CEE et 92/50/CEE [...], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

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 L'article 2, paragraphes 1, sous b), 5 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<sup>er</sup> 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;

[...]

5. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

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. 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.»

- 7 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'électricité (JO L 283, p. 33), énonce:

«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. [...]»

- 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<sup>er</sup> de la directive 2001/77 que celle-ci a pour objet 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. À cet effet, l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive impose aux États membres de prendre des mesures appropriées pour promouvoir l'accroissement de la consommation d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables conformément à des objectifs indicatifs nationaux visés au paragraphe 2 du même article.

*La réglementation nationale*

- 10 Les directives 89/665 et 93/36 ont été transposées en droit autrichien par le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (loi fédérale de 1997 sur la passation des marchés publics, BGBl. I, 1997/56, ci-après le «BVerG»).
- 11 L'article 16, paragraphes 1 et 7, du BVerG dispose:

«1. Les marchés portant sur des prestations doivent être attribués suivant une procédure prévue dans la présente loi, conformément aux principes de la concurrence libre et loyale et de l'égalité de traitement de tous les candidats et soumissionnaires, à des entreprises habilitées, performantes et fiables — ce qui s'apprécie au plus tard à la date de l'ouverture de l'appel d'offres — à des prix raisonnables.

[...]

7. Dans la procédure de passation de marché, il doit être tenu compte de l'incidence de la prestation sur l'environnement et de l'emploi de personnes sous contrat d'apprentissage.»

12 L'article 53 du BVergG prévoit:

«Parmi les offres restant après l'élimination, l'offre la plus avantageuse du point de vue technique et économique conformément aux critères fixés dans l'appel d'offres est retenue (principe de la meilleure offre).»

13 L'article 115, paragraphe 1, du BVergG dispose:

«1. Tout entrepreneur qui allègue un intérêt à la conclusion d'un contrat soumis au champ d'application de la présente loi fédérale peut introduire, contre les décisions prises par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'adjudication, une procédure de recours pour illégalité, lorsque cette illégalité l'a lésé ou risque de le léser.»

14 Aux termes de l'article 117, paragraphes 1 et 3, du BVergG:

«1. Le Bundesvergabeamt annule, par voie de décision administrative et en tenant compte de l'avis rendu par la commission de conciliation [...] 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.

[...]

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

### Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 15 La défenderesse au principal a lancé un appel d'offres au moyen 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 (Autriche). La durée du contrat était fixée pour une période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2002 au 31 décembre 2003. L'appel d'offres, qui a été publié dans le *Journal officiel des Communautés européennes* du 27 mars 2001, mentionnait, sous la rubrique «Critères d'attribution»:

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

- 16 L'offre devait indiquer le prix du kilowattheure (kWh) en ATS. Ce prix devait s'appliquer pendant toute la durée du contrat et n'être soumis ni à révision ni à ajustement. 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 et en tout état de cause à ne pas leur fournir sciemment de l'électricité produite par fission nucléaire. Il n'était cependant pas exigé que celui-ci fournisse des justificatifs de ses sources d'approvisionnement. En cas de violation desdites obligations, il était prévu un droit de résiliation du contrat au bénéfice du pouvoir adjudicateur ainsi qu'une clause pénale.

- 17 Dans le cahier des charges, il était précisé que le pouvoir adjudicateur avait conscience que, pour des raisons techniques, aucun fournisseur ne pouvait garantir que l'électricité fournie à un client déterminé serait effectivement produite à partir de sources d'énergie renouvelables, mais qu'il était néanmoins décidé à contracter avec des soumissionnaires disposant d'au moins 22,5 gigawattheure (GWh) par an d'électricité ainsi produite, la consommation annuelle des services fédéraux étant estimée à environ 22,5 GWh.
  
- 18 Il était indiqué par ailleurs que seraient écartées les offres ne contenant pas de justificatif attestant 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 kWh, 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».
  
- 19 Les quatre offres soumises ont été ouvertes le 10 mai 2001. Celle présentée par le groupement de soumissionnaires Kärntner Elektrizitäts-AG et Stadtwerke Klagenfurt AG (ci-après «KELAG») indiquait un prix de 0,44 ATS/kWh et, se référant à un tableau relatif aux quantités d'électricité produites ou fournies par lesdites sociétés et à leur provenance, affirmait que celles-ci étaient 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 proposait un prix de 0,4191 ATS/kWh pour une consommation annuelle minimale de 1 million de GWh et, détaillées dans un tableau portant sur les années 1999 à 2002, précisait les différentes quantités d'électricité produite 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 offrait un prix de 0,465 ATS/kWh. Le tableau joint à son offre portait sur la part que représentait l'énergie renouvelable sur l'ensemble de l'électricité produite ou fournie par elle, le pouvoir adjudicateur ayant conclu de la lecture de ce tableau qu'elle avait indiqué un chiffre de 449,2 GWh.

- 20 L'offre présentée par les requérantes au principal indiquait un prix de 0,52 ATS/kWh. Ces dernières ne fournissaient aucun chiffre concret concernant la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'elles étaient en mesure de fournir, mais exposaient simplement à ce sujet qu'elles disposaient de leurs propres installations de production dans lesquelles elles produisaient de l'électricité à partir de telles sources. En outre, elles auraient eu des droits d'option sur l'électricité produite par des centrales hydroélectriques 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'électricité certifiée produite de cette manière. En 1999 et 2000, seule de l'énergie hydraulique produite en Suisse aurait été achetée et continuerait à l'être. Au total, une quantité plusieurs fois supérieure à celle faisant l'objet de l'appel d'offres serait produite à partir de sources d'énergie renouvelables.

- 21 Parmi les quatre offres déposées, la défenderesse au principal a considéré celle de KELAG comme la meilleure et celle-ci a reçu le plus grand nombre de points pour chacun des deux critères d'attribution. Quant aux requérantes au principal, elles ont reçu le nombre de points le moins élevé sur les deux critères.

- 22 Après avoir informé le pouvoir adjudicateur, dès le 9 et 30 mai 2001, 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), qui a rejeté leur demande au motif qu'une procédure de conciliation n'avait aucune chance d'aboutir.
- 23 Les requérantes au principal ont alors introduit un recours devant le Bundesvergabeamt, demandant, notamment, l'annulation de l'appel d'offres dans son ensemble ainsi que celle de toute une série de dispositions du cahier des charges et de décisions du pouvoir adjudicateur. Parmi ces dernières figurent notamment la décision prévoyant à titre de motif d'élimination l'absence de justificatifs quant à la production et à l'achat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables au cours d'une période donnée ou le défaut de justificatifs d'un achat futur, la décision d'exiger à titre de critère d'aptitude la preuve de la production ou de l'achat d'une certaine quantité d'électricité ainsi produite au cours d'une période donnée, la décision exigeant à titre de critère d'attribution la disponibilité d'une quantité dépassant 22,5 GWh par an d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, ainsi que la décision refusant de révoquer l'appel d'offres. En outre, lesdites requérantes ont sollicité, à titre de mesure provisoire, qu'il soit interdit au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché.
- 24 Par décision du 16 juillet 2001, le Bundesvergabeamt a fait droit à la demande des requérantes au principal et a, dans un premier temps, interdit jusqu'au 10 septembre 2001 l'attribution du marché. Sur une nouvelle demande desdites 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 le contrat résilié au cas où il serait fait droit à une seule des demandes formées par les requérantes au principal devant ladite juridiction ou si l'illégalité de la décision d'attribution du marché en cause à l'un des cosoumissionnaires de celles-ci devait découler d'autres constatations de cette juridiction.

- 25 Le 24 octobre 2001, le contrat-cadre, assorti des conditions résolutoires fixées dans la décision susmentionnée, a été attribué à la société KELAG.
- 26 Considérant que la solution du litige dont il est saisi nécessite l'interprétation de plusieurs dispositions du droit communautaire, le Bundesvergabeamt a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «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 soumissionnaire — sans imposer de date de fourniture 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 définie, 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<sup>er</sup> de la directive 89/665/CEE à la condition qu'il soit établi que cette décision ait 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<sup>er</sup> de la directive 89/665/CEE à la condition qu'il soit établi que cette décision ait eu une influence essentielle sur l'issue de

la procédure d'adjudication si cette preuve résulte de la vérification par l'instance de recours 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<sup>er</sup> de la directive 89/665/CEE, l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère être illégal?»

#### Sur la première question

- 27 Il ressort des explications fournies par la juridiction de renvoi que sa première question doit être comprise comme comportant deux branches. Elle vise, en premier lieu, à savoir si la réglementation communautaire en matière de marchés publics, en particulier l'article 26 de la directive 93/36, s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.
- 28 En second lieu, au cas où la réponse à la première branche de sa question serait affirmative, la juridiction de renvoi demande des précisions sur les exigences posées par le droit communautaire quant à l'application concrète d'un tel critère, compte tenu de la spécificité de la formulation du critère en cause dans le litige dont elle est saisie, de sorte que la seconde branche de sa question se subdivise en plusieurs sous-questions.

29 Plus précisément, cette juridiction s'interroge sur la compatibilité d'un tel critère avec le droit communautaire compte tenu des circonstances énoncées ci-après sous a) à d), à savoir compte tenu du fait

- a) que ce critère est affecté d'un coefficient de 45 %;
- b) qu'il n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations contenues dans les offres et ne permet pas d'atteindre nécessairement l'objectif visé;
- c) qu'il n'impose pas de date de fourniture déterminée, et
- d) qu'il exige des soumissionnaires qu'ils indiquent la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'ils seront en mesure de fournir à une clientèle non définie et attribue le maximum de points au soumissionnaire qui mentionne 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.

*Sur la première branche de la première question*

30 Évoquant l'imprécision de la notion d'«offre économiquement la plus avantageuse» figurant à l'article 26 de la directive 93/36, le Bundesvergabeamt pose tout d'abord la question de principe de savoir si le droit communautaire autorise le

pouvoir adjudicateur à fixer des critères visant à obtenir des avantages non susceptibles d'évaluation économique objective immédiate, tels que ceux liés à la protection de l'environnement.

- 31 À cet égard, il convient de relever que, dans un arrêt postérieur au dépôt de l'ordonnance de renvoi dans la présente affaire, lequel portait sur l'interprétation de l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, qui est libellé en des termes substantiellement identiques à ceux de l'article 26, paragraphe 1, sous b), de la directive 93/36, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le point de savoir si et dans quelles conditions un pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse, prendre en considération des critères de nature écologique.
- 32 Plus particulièrement, au point 55 de l'arrêt du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, Rec. p. I-7213), la Cour a constaté que l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 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.
- 33 La Cour a dès lors admis 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 (arrêt *Concordia Bus Finland*, précité, point 69).

- 34 Il en découle que la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, pour autant que ce critère est lié à l'objet du marché, ne confère pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, est expressément mentionné dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination.

*Sur la seconde branche de la première question*

Sur la seconde branche, sous a)

- 35 Dans son ordonnance de renvoi, la juridiction nationale indique que, même si un critère d'attribution à caractère environnemental tel que celui retenu dans l'affaire au principal devait être considéré en principe comme compatible avec les règles du droit communautaire en matière de passation des marchés publics, un autre problème se pose en raison du fait que ce critère est affecté d'un coefficient de 45 %, puisqu'il serait possible d'objecter à cet égard qu'il est interdit au pouvoir adjudicateur d'accorder à un élément non susceptible d'évaluation économique directe une influence aussi importante sur la décision d'attribution du marché.
- 36 La défenderesse au principal fait valoir dans ce contexte que, eu égard à la marge d'appréciation dont dispose un pouvoir adjudicateur en vue d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, ne serait illégale qu'une pondération qui entraînerait une distorsion injustifiée. Or, dans l'affaire au principal, non seulement il existerait un rapport objectif entre les critères «prix» et «électricité

produite à partir de sources d'énergie renouvelables», mais, en outre, la priorité serait accordée au critère chiffrable, le prix étant affecté d'un coefficient de dix points plus élevé que celui attribué à la capacité à fournir de l'électricité ainsi produite.

- 37 Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, 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, à condition que ces critères visent à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'ils ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché à un soumissionnaire (voir, en ce sens, arrêts du 20 septembre 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec. p. 4635, points 19 et 26; du 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, points 36 et 37, ainsi que *Concordia Bus Finland*, précité, points 59 et 61).
- 38 En outre, la mise en œuvre desdits critères doit avoir lieu dans le respect tant des normes procédurales que des principes fondamentaux qui découlent du droit communautaire (voir, en ce sens, arrêts précités *Beentjes*, points 29 et 31, ainsi que *Concordia Bus Finland*, points 62 et 63).
- 39 Il en résulte que, dans le respect des prescriptions du droit communautaire, les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.
- 40 S'agissant du critère d'attribution en cause dans l'affaire au principal, il convient de relever que, ainsi que la Cour l'a déjà constaté, 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 (arrêt du 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, point 73).

- 41 Par ailleurs, ainsi qu'il ressort notamment de son dix-huitième considérant et de ses articles 1<sup>er</sup> et 3, c'est précisément dans cette perspective que la directive 2001/77 vise à favoriser, par l'utilisation de la puissance des forces du marché, une augmentation de la contribution des sources d'énergie renouvelables dans la production d'électricité sur le marché intérieur, objectif qui, selon son deuxième considérant, se situe au premier rang des priorités de la Communauté.
- 42 Eu égard donc à l'importance de l'objectif poursuivi par le critère en cause au principal, la pondération de celui-ci à hauteur de 45 % ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.
- 43 Dans ces conditions, et en l'absence d'éléments permettant d'établir une violation des prescriptions du droit communautaire, il convient de constater que la pondération du critère d'attribution en cause au principal à hauteur de 45 % n'est pas en soi incompatible avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics.

Sur la seconde branche, sous b)

- 44 La juridiction nationale s'interroge par ailleurs quant à la licéité du critère d'attribution en cause au principal au regard du droit communautaire en raison du fait 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 et qu'il n'a pas exigé que les soumissionnaires fournissent des justificatifs de leurs obligations concrètes de fourniture ou des contrats de fourniture d'électricité déjà conclus.

- 45 La juridiction de renvoi demande dès lors en substance si les dispositions du droit communautaire régissant la passation des marchés publics s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur utilise un critère d'attribution qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations contenues dans les offres.
- 46 Dans ce contexte, la juridiction de renvoi s'interroge également sur le point de savoir dans quelle mesure un tel critère d'attribution est apte à atteindre l'objectif qu'il vise. En effet, puisque aucune vérification n'est prévue pour savoir dans quelle mesure l'adjudicataire, 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, ladite juridiction considère qu'il est possible que l'application de ce critère n'ait aucune conséquence sur la quantité globale d'électricité produite de cette manière.
- 47 Il convient de rappeler que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, qui, ainsi que la Cour l'a itérativement jugé, constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics (voir, notamment, arrêts du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Rec. p. I-11617, point 91, et du 19 juin 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, point 73), signifie que, d'une part, les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur (arrêt *SIAC Construction*, précité, point 34).

- 48 Cela signifie plus particulièrement que, lors de l'évaluation des offres, les critères d'attribution doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires (arrêt SIAC Construction, précité, point 44).
- 49 D'autre part, le principe d'égalité de traitement implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect, laquelle consiste notamment à garantir le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (voir en ce sens, notamment, arrêt Universale-Bau e.a., précité, points 91 et 92).
- 50 Or, l'évaluation des différentes offres dans l'objectivité et la transparence présuppose que le pouvoir adjudicateur, se fondant sur des informations et justificatifs fournis par les soumissionnaires, soit en mesure de vérifier effectivement si les offres de ces derniers correspondent aux critères d'attribution.
- 51 Il apparaît donc que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur prescrit un critère d'attribution, en indiquant qu'il n'est ni disposé ni en mesure de vérifier l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires, il enfreint le principe d'égalité de traitement, puisqu'un tel critère ne garantit pas la transparence et l'objectivité de la procédure d'adjudication.
- 52 Il y a dès lors lieu de constater qu'un critère d'attribution qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires est contraire aux principes du droit communautaire en matière de marchés publics.
- 53 En ce qui concerne l'interrogation de la juridiction de renvoi quant au point de savoir si le critère d'attribution en cause au principal enfreint la réglementation communautaire dans la mesure où il n'est pas nécessairement apte à contribuer à l'augmentation des quantités d'électricité qui sont produites à partir de sources

d'énergie renouvelables, il suffit de relever que, à supposer même que tel soit effectivement le cas, un tel critère ne saurait être considéré comme incompatible avec les dispositions communautaires en matière de marchés publics du seul fait qu'il ne permet pas nécessairement d'atteindre l'objectif visé.

Sur la seconde branche, sous c)

- 54 La juridiction de renvoi estime que, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé de date de fourniture déterminée pour laquelle il convenait d'indiquer la quantité qui pourrait être fournie, le critère retenu est contraire au principe de comparabilité des offres, découlant du principe de transparence. Elle souligne que, en ce qui concerne les justificatifs demandés en vue de vérifier l'aptitude des soumissionnaires, c'est la période couvrant les deux dernières années précédant l'appel d'offres ainsi que celle des deux années postérieures à celui-ci qui ont été retenues comme pertinentes concernant la quantité d'électricité qui est à prévoir pour l'approvisionnement concret. Or, selon ladite juridiction, même si l'on appliquait cette disposition également en ce qui concerne le critère d'attribution, il n'en découlerait pas de date de fourniture déterminée permettant de calculer précisément la quantité dont il faut effectivement tenir compte. Au contraire, des quantités différentes peuvent être livrées au cours d'une période de quatre ans. On pourrait même imaginer qu'un soumissionnaire indique à cet égard des quantités basées sur des suppositions quant à la construction de centrales ou sur une production purement virtuelle à partir de sources d'énergie renouvelables.
- 55 La défenderesse au principal explique à cet égard que, en Autriche, le marché de l'électricité a été entièrement libéralisé au 1<sup>er</sup> octobre 2001 et que, depuis cette date, il est possible de constituer des sociétés de négoce ayant pour objet l'achat et la revente d'électricité. Elle souligne que, dès lors que l'appel d'offres a été publié environ six mois avant ladite date, elle était tenue de rédiger le critère d'attribution en des termes permettant tant à des sociétés déjà sur le marché, qui disposaient de leurs propres moyens de production d'électricité, qu'à des sociétés de négoce d'électricité qui n'étaient autorisées à exercer qu'à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2001, de

soumettre une offre. Elle aurait, par conséquent, voulu donner aux entreprises la possibilité d'indiquer la quantité d'électricité qu'elles avaient produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou achetée au cours des deux années civiles précédant l'appel d'offres ou de fournir ces indications pour les deux années à venir. Enfin, elle relève que, de facto, toutes les entreprises soumissionnaires n'ont fourni des indications que pour les deux années antérieures à l'appel d'offres et que, lorsque les quantités annuelles étaient différentes, la meilleure offre a été déterminée sur la base de la moyenne.

- 56 Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres (voir, en ce sens, arrêt *Universale-Bau e.a.*, précité, point 93).
- 57 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 (arrêt *SIAC Construction*, précité, point 41).
- 58 Par conséquent, dans l'affaire au principal, le fait que le pouvoir adjudicateur a omis de préciser dans l'appel d'offres quelle était la période pour laquelle les soumissionnaires devaient indiquer la quantité d'électricité de sources renouvelables qu'ils pouvaient fournir pourrait constituer une violation des principes d'égalité de traitement et de transparence, au cas où il s'avérerait que cette omission a rendu difficile ou même impossible aux soumissionnaires de connaître la portée exacte du critère en question et d'être dès lors en mesure de l'interpréter de la même manière.

- 59 Or, s'agissant d'une appréciation de nature factuelle, il appartient à la juridiction nationale de vérifier, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, si, en dépit de cette omission, le critère d'attribution en cause au principal a été formulé de manière suffisamment claire pour satisfaire aux exigences d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'attribution des marchés publics.

Sur la seconde branche, sous d)

- 60 La juridiction de renvoi relève que le critère d'attribution en cause au principal consiste à attribuer des points pour la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables que les soumissionnaires seront en mesure de fournir à une clientèle non définie, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres. Or, dans la mesure où ce critère s'attache ainsi uniquement à la quantité totale qui pourra être fournie en général et non pas à celle qui pourra être procurée spécifiquement au pouvoir adjudicateur, la juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir si ledit critère entraîne des avantages économiques directs pour le pouvoir adjudicateur.

— Observations soumises à la Cour

- 61 Les requérantes au principal, le gouvernement néerlandais et la Commission font valoir à cet égard que, dans la mesure où ledit critère se réfère à une quantité d'électricité dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres, la condition relative au lien direct avec le marché n'est pas remplie en l'espèce. Selon eux, seule serait pertinente la quantité d'électricité produite à partir de sources renouvelables pouvant être fournie au pouvoir adjudicateur.

- 62 Selon la Commission, il aurait suffi que le pouvoir adjudicateur exige que le soumissionnaire dispose d'une certaine capacité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou qu'il puisse seulement prouver qu'il est capable de livrer une certaine quantité excédant celle qui est consommée annuellement, par exemple, en calculant une quantité de réserve de 10 %.
- 63 Les requérantes au principal font valoir en outre que ce critère d'attribution est en réalité un critère de sélection déguisé, dans la mesure où il se réfère à la capacité des soumissionnaires à fournir la plus grande quantité possible d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et ainsi, en définitive, aux soumissionnaires eux-mêmes.
- 64 En revanche, la défenderesse au principal et le gouvernement autrichien estiment que, en prenant en considération la quantité d'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables que chaque soumissionnaire était en mesure de livrer au-delà de 22,5 GWh, la livraison de ceux-ci devant être assurée en tout état de cause, le pouvoir adjudicateur a érigé en critère d'attribution la sécurité d'approvisionnement, qui est fonction de la quantité totale d'électricité dont dispose une entreprise. Ils expliquent que, l'électricité ne pouvant pas être stockée, ce critère n'est en aucun cas étranger à la prestation, puisque plus un soumissionnaire est performant, plus le risque est faible pour le pouvoir adjudicateur que sa demande ne puisse être satisfaite et qu'il doive éventuellement trouver à brève échéance une alternative coûteuse.
- 65 Plus particulièrement, le gouvernement autrichien relève que, si la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, telle l'énergie éolienne ou solaire, dépend des saisons, c'est en hiver que la demande est la plus importante. Ledit critère d'attribution viserait donc à assurer que la fourniture d'électricité puisse se faire de manière continue, en dépit du fait que l'offre et la demande ne sont pas linéaires tout au long de l'année, ce qui justifierait en outre la pondération importante de ce critère à raison de 45 %.

## — Appréciation de la Cour

- 66 Ainsi qu'il a été rappelé au point 33 du présent arrêt, les critères écologiques retenus par le pouvoir adjudicateur en tant que critères d'attribution afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse doivent, notamment, être liés à l'objet du marché.
- 67 Dans l'affaire au principal, il y a lieu de constater que le critère d'attribution retenu ne porte pas sur la prestation qui fait l'objet du marché, à savoir la fourniture au pouvoir adjudicateur de quantités d'électricité correspondant à sa consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres, mais sur des quantités que les soumissionnaires ont fournies ou vont fournir à des clients autres que le pouvoir adjudicateur.
- 68 Or, un critère d'attribution se référant uniquement à la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dépassant la consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres ne saurait être considéré comme lié à l'objet du marché.
- 69 Par ailleurs, la circonstance que, selon le critère d'attribution retenu, c'est la quantité qui dépasse la consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres qui est déterminante est susceptible de conférer un avantage aux soumissionnaires, qui, en raison de leurs plus grandes capacités de production ou de fourniture, sont en mesure de fournir des quantités d'électricité plus importantes que d'autres. Ce critère est donc susceptible d'entraîner une discrimination injustifiée à l'égard de soumissionnaires dont l'offre peut pleinement répondre aux conditions liées à l'objet du marché. Or, une telle

limitation du cercle des opérateurs économiques en mesure de soumissionner aurait pour effet de contrecarrer l'objectif d'ouverture à la concurrence poursuivi par les directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics.

- 70 Enfin, à supposer même que ledit critère soit dicté par le souci de garantir la sécurité d'approvisionnement, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier, il convient de relever que, si la sécurité d'approvisionnement peut en principe faire partie des critères d'attribution servant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, l'on ne saurait valablement ériger en critère d'attribution la capacité des soumissionnaires à fournir la plus grande quantité d'électricité possible au-delà de la quantité prescrite dans l'appel d'offres.
- 71 Il en résulte que, dans la mesure où il exige des soumissionnaires qu'ils indiquent la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'ils seront en mesure de fournir à une clientèle non définie et attribue 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, le critère d'attribution retenu en l'espèce n'est pas compatible avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics.
- 72 Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de répondre à la première question que la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, affecté d'un coefficient de 45 %, la circonstance que ledit critère ne permet pas nécessairement d'atteindre l'objectif visé étant sans pertinence à cet égard.

En revanche, cette réglementation s'oppose à un tel critère dans la mesure où

- il n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations contenues dans les offres,
  
- il exige que les soumissionnaires indiquent la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'ils seront en mesure de fournir à une clientèle non définie et attribue 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.

Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, en dépit de l'omission de la part du pouvoir adjudicateur de fixer une date de fourniture déterminée, le critère d'attribution a été formulé de manière suffisamment claire pour satisfaire aux exigences d'égalité de traitement et de transparence des procédures de passation des marchés publics.

### Sur les deuxième et troisième questions

- 73 Par ces deux questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 fait obstacle à une disposition du droit interne telle que l'article 117, paragraphe 1, point 2, du BVergG, qui soumet l'annulation d'une décision illégale du pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une 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 et si, eu égard en particulier à l'article 26 de la directive 93/36, il convient de donner une réponse différente à cette question si la preuve de cette influence résulte de la vérification par l'instance de recours 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.

- 74 Il convient de rappeler, à titre liminaire, que, en vertu d'une jurisprudence constante, dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales instituée par l'article 234 CE, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59; *PreussenElektra*, précité, point 38; du 22 janvier 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. p. I-607, point 18; du 10 décembre 2002, *Der Weduwe*, C-153/00, Rec. p. I-11319, point 31, et du 21 janvier 2003, *Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins*, C-318/00, Rec. p. I-905, point 40).
- 75 Toutefois, la Cour a également jugé que, dans des circonstances exceptionnelles, il lui appartient d'examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence (arrêts précités *PreussenElektra*, point 39, et *Canal Satélite Digital*, point 19). En effet, l'esprit de collaboration qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel implique que, de son côté, le juge national ait égard à la fonction confiée à la Cour, qui est de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques (arrêts précités *Der Weduwe*, point 32, ainsi que *Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins*, point 41).
- 76 Ainsi, la Cour s'abstient de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation

ou l'appréciation de la validité d'une règle communautaire, demandées par la juridiction nationale, n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait ou de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (voir, notamment, arrêts *Bosman*, précité, point 61; du 9 mars 2000, *EKW et Wein & Co*, C-437/97, Rec. p. I-1157, point 52; du 13 juillet 2000, *Idéal tourisme*, C-36/99, Rec. p. I-6049, point 20, ainsi que *Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins*, précité, point 42).

77 Plus particulièrement, il convient de rappeler que l'article 234 CE constitue un instrument de coopération judiciaire, grâce auquel la Cour fournit aux juges nationaux les éléments d'interprétation du droit communautaire qui peuvent leur être utiles pour apprécier les effets d'une disposition de droit national en cause dans le litige qu'ils sont appelés à trancher (voir, notamment, arrêt du 15 mai 2003, *Salzmann*, C-300/01, Rec. p. I-4899, point 28).

78 Il en résulte que, afin de permettre à la Cour de remplir sa mission conformément au traité CE, il est indispensable que les juridictions nationales expliquent, lorsque ces raisons ne découlent pas sans équivoque du dossier, les raisons pour lesquelles elles considèrent qu'une réponse à leurs questions est nécessaire à la solution du litige (voir, notamment, arrêt *Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins*, précité, point 43).

79 Or, en l'espèce, la Cour ne dispose d'aucun élément allant dans ce sens.

80 En effet, d'une part, ainsi qu'il a été relevé au point 23 du présent arrêt, le recours au principal a notamment pour objet l'annulation de l'appel d'offres dans son ensemble ainsi que celle d'une série de dispositions du cahier des charges et de décisions du pouvoir adjudicateur relatives aux exigences posées par les critères d'attribution et d'aptitude retenus.

- 81 Eu égard donc aux indications contenues dans l'ordonnance de renvoi il paraît que toutes les décisions dont l'annulation est demandée au principal ont un effet déterminant sur l'issue de la procédure d'adjudication.
- 82 D'autre part, la juridiction de renvoi ne fournit aucune explication quant aux raisons précises qui l'amènent à considérer qu'une réponse à la question de la compatibilité avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics de la condition posée à l'article 117, paragraphe 1, point 2, du BVergG est nécessaire pour lui permettre de trancher le litige dont elle est saisie.
- 83 Dès lors, en l'absence d'éléments de nature à faire apparaître qu'une réponse aux deuxième et troisième questions est nécessaire à la solution du litige au principal, celles-ci doivent être considérées comme étant de nature hypothétique et, partant, irrecevables.

### Sur la quatrième question

- 84 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, 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 l'article 1<sup>er</sup> de la directive 89/665, une décision relative à l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère illégale.
- 85 Selon la juridiction de renvoi, si l'on part de l'hypothèse que la vérification de l'incidence des décisions illégales relatives aux critères d'attribution est contraire au droit communautaire, la seule alternative semble être, dans le cas où une telle

décision est illégale, la révocation de l'appel d'offres, car, s'il en était autrement, la procédure d'adjudication serait poursuivie en appliquant une pondération des critères qui n'a été ni fixée par le pouvoir adjudicateur ni connue des soumissionnaires.

### *Observations soumises à la Cour*

- 86 Le gouvernement autrichien fait observer que le droit communautaire ne connaît pas d'obligation explicite de retrait, tout comme les directives en matière de marchés publics ne prévoient pas non plus d'obligation d'adjudication, et en déduit qu'il appartient aux États membres, dans le respect des principes du droit communautaire, de régler le point de savoir si, dans le cas de l'illégalité reconnue d'une décision relative à un critère d'attribution, le pouvoir adjudicateur est obligé de retirer l'appel d'offres.
- 87 La défenderesse au principal relève que, en vertu de l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665, les conséquences d'une violation des règles en matière de passation des marchés publics qui est constatée après l'attribution du marché sont à apprécier conformément au droit interne. Or, selon elle, suivant l'article 117, paragraphe 3, du BVergG, lorsque le marché a été attribué, l'instance saisie se borne à constater si l'illégalité alléguée existe ou non. Elle conclut donc que la réponse à cette question devrait être négative.
- 88 Les requérantes au principal et la Commission estiment en revanche que si, après la soumission des offres ou leur ouverture, l'instance de recours déclare illégale une décision relative à un critère d'attribution, l'appel d'offres ne peut aboutir à l'attribution du marché et la seule possibilité est de le retirer. En effet, toute modification des critères aurait une influence sur l'appréciation des offres, alors que les soumissionnaires n'ont plus la possibilité d'adapter ces dernières, puisqu'ils les ont préparées dans un tout autre contexte temporel et matériel et sur la base d'autres critères. La seule option consisterait dès lors à recommencer toute la procédure d'adjudication.

*Appréciation de la Cour*

- 89 Il convient de relever que la constatation de l'illégalité d'une décision relative à un critère d'attribution n'aboutit pas en toutes circonstances à l'annulation de celle-ci.
- 90 En effet, la possibilité accordée aux États membres par l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 de prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation, signifie que, lorsque le recours est introduit après la conclusion du contrat et que l'État membre concerné a fait usage de cette faculté, si l'instance saisie constate qu'une décision relative à un critère d'attribution est illégale, elle ne peut pas procéder à l'annulation de cette décision, mais doit se limiter à l'octroi de dommages et intérêts.
- 91 Or, il ressort des explications fournies par la juridiction de renvoi que la quatrième question concerne l'hypothèse où la constatation de l'illégalité d'une décision relative à un critère d'attribution a pour conséquence l'annulation de celle-ci. Elle doit donc être comprise en ce sens qu'elle demande si la réglementation communautaire en matière de marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres lorsque, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 89/665, une décision relative à l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère illégale et est annulée pour ce motif par l'instance de recours.
- 92 En vue de répondre à la question ainsi reformulée, il y a lieu de relever que, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs

l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure (voir en ce sens, notamment, arrêt SIAC Construction, précité, point 43).

- 93 S'agissant des critères d'attribution eux-mêmes, il convient d'admettre, à plus forte raison, que ceux-ci ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure d'adjudication.
- 94 Il s'ensuit que, en cas d'annulation par l'instance de recours d'une décision relative à un critère d'attribution, le pouvoir adjudicateur ne saurait valablement continuer la procédure d'adjudication en faisant abstraction de ce critère, puisque cela reviendrait à modifier les critères applicables à la procédure en question.
- 95 Dès lors, il y a lieu de répondre à la quatrième question que la réglementation communautaire en matière de marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres lorsque, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 89/665, une décision relative à l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère illégale et est annulée pour ce motif par l'instance de recours.

### Sur les dépens

- 96 Les frais exposés par les gouvernements autrichien, néerlandais et suédois, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par le Bundesvergabeamt, par ordonnance du 13 novembre 2001, dit pour droit:

- 1) La réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, affecté d'un coefficient de 45 %, la circonstance que ledit critère ne permet pas nécessairement d'atteindre l'objectif visé étant sans pertinence à cet égard.

En revanche, cette réglementation s'oppose à un tel critère dans la mesure où :

- il n'est pas assorti d'exigences permettant d'assurer un contrôle effectif de l'exactitude des informations contenues dans les offres,
  
- il exige des soumissionnaires qu'ils indiquent la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'ils seront en mesure de fournir à une clientèle non définie et attribue 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.

Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, en dépit de l'omission de la part du pouvoir adjudicateur de fixer une date de fourniture déterminée, le critère d'attribution a été formulé de manière suffisamment claire pour satisfaire aux exigences d'égalité de traitement et de transparence des procédures de passation des marchés publics.

- 2) La réglementation communautaire en matière de marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres lorsque, dans le cadre de la procédure de recours au titre de l'article 1<sup>er</sup> 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, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, une décision relative à l'un des critères d'attribution qu'il a fixés s'avère illégale et est annulée pour ce motif par l'instance de recours.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 4 décembre 2003.

Le greffier

Le président

R. Grass

V. Skouris