

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. SIEGBERT ALBER
présentées le 10 avril 2003 ¹

I — Introduction

II — Cadre juridique

A — *Droit communautaire: directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* ²

2. Article 19 de la directive 93/37

1. La demande de décision préjudicielle du Bundesvergabeamt (Autriche) concerne le traitement réservé aux variantes dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics de travaux. Un soumissionnaire non retenu pour des travaux routiers avait offert, au lieu du revêtement en béton faisant l'objet de l'appel d'offres, une structure en asphalte (moins coûteuse mais selon lui équivalente). Le litige porte, d'une part, sur les conditions de présentation et d'appréciation des variantes (première, deuxième et troisième questions) et, d'autre part, sur les conséquences éventuelles qui découlent, le cas échéant, d'un traitement irrégulier de celles-ci.

«Lorsque le critère d'attribution du marché est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs peuvent prendre en considération les variantes présentées par des soumissionnaires lorsqu'elles satisfont aux exigences minimales requises par ces pouvoirs adjudicateurs.

Les pouvoirs adjudicateurs mentionnent, dans le cahier des charges, les conditions minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission. Ils indiquent, dans l'avis de

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 199, p. 54.

marché, si les variantes ne sont pas autorisées.

tion dont il prévoit l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée.

[...]»

[...]»

3. Article 30 de la directive 93/37

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

B — *Droit national: le Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (loi fédérale de 1997 sur la passation des marchés publics) (ci-après le «Bundesvergabegesetz»)*³

a) soit uniquement le prix le plus bas;

4. Article 42 du Bundesvergabegesetz

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 d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

«(1) Dans la mesure où la procédure de négociation n'entre pas en application, le soumissionnaire doit se conformer à l'appel d'offres pour l'établissement de l'offre. Le texte prescrit par le cahier des charges ne peut être ni modifié ni complété.

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'attribu-

[...]

3 — BGBl. I, n° 56/1997.

(4) Une offre alternative [dans la terminologie de la directive 93/37, il faudrait dire 'variante'⁴] n'est recevable que si elle garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente. La preuve de l'équivalence incombe au soumissionnaire. Une offre alternative peut porter sur l'ensemble de la prestation, sur des parties de celle-ci ou sur les conditions juridiques de la fourniture de la prestation. Les offres alternatives doivent être désignées comme telles et présentées sous forme distincte.

2. et a une incidence substantielle sur l'issue de la procédure de passation de marché.

[...]

[...]»

(3) Après l'attribution du marché, le Bundesvergabeamt constate simplement, dans les conditions du paragraphe 1, si la prétendue violation du droit est ou non constituée.»

5. Article 117 du Bundesvergabegesetz

III — Les faits

«(1) Le Bundesvergabeamt déclare nulle et non avenue, par décision prise sur avis de la chambre de conciliation intervenu dans la même affaire, toute décision d'un pouvoir adjudicateur adoptée dans le cadre d'une procédure de passation de marché lorsque celle-ci:

1. est contraire à des dispositions de la présente loi fédérale ou des règlements arrêtés en exécution de celle-ci;

6. Le gouvernement du Land de Basse-Autriche, agissant au nom et sur instructions d'Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (ci-après «ASFINAG»), a publié à l'échelle communautaire le 27 novembre 1997 un appel d'offres portant sur le marché des travaux de réfection du tronçon routier «Neumarkt chaussée direction Vienne, km 100,2 à 108,6», par voie de procédure ouverte. Le marché avait pour objet des travaux de construction de ponts et de routes.

7. Sous l'intitulé «Projet officiel», l'appel d'offres prévoyait que le revêtement de la route en dehors des ponts autoroutiers

⁴ — Selon les énonciations de la juridiction de renvoi, on entend par «offre alternative», selon l'article 15, point 14, du Bundesvergabegesetz, une offre découlant d'une proposition d'offre alternative du soumissionnaire, qui doit dès lors être considérée comme une «variante» au sens de la directive 93/37.

devait être réalisé au moyen de deux couches de béton de qualité supérieure, sans que cela fût qualifié d'exigence minimale. De même, l'appel d'offres ne comportait pas de dispositions expresses en ce qui concerne les exigences minimales techniques auxquelles devaient satisfaire, le cas échéant, les variantes présentées. Selon l'appel d'offres, les variantes étaient recevables. Elles devaient cependant être accompagnées d'un bordereau complet de prestations conforme à l'appel d'offres (offre principale). Il n'a pas été spécifié de critères d'attribution pour l'appréciation de la qualité économique et technique des offres (ni pour les offres conformes à l'appel d'offres ni pour les variantes). L'appel d'offres n'exigeait pas davantage que les variantes dussent garantir une fourniture de prestations équivalant au projet officiel (il n'a pas non plus été renvoyé à cette prescription de l'article 42 du Bundesvergabegesetz) et il n'a pas été fait mention du contenu de la notion de «fourniture de prestations équivalente».

8. La demanderesse au principal, Traunfellner du GmbH (ci-après «Traunfellner»), a présenté une variante ainsi qu'une offre conforme à l'appel d'offres. Sa variante était la moins chère de toutes les offres; son offre conforme à l'appel d'offres se situait, parmi les offres conformes à l'appel d'offres, en deuxième position après celle du groupement de soumissionnaires Ilbau — LSH Fischer — Heilit & Woerner, à qui le marché a été attribué.

9. Par sa variante, Traunfellner offrait de remplacer le revêtement en béton par une

structure en asphalte réalisée à partir de matériaux à base de bitume. À titre d'explication technique, elle a produit un rapport d'expertise selon lequel, dans les circonstances propres aux travaux de construction, la structure en asphalte offrirait une résistance suffisante à la déformation pendant 20 ans.

10. Le rapport de contrôle technique commandé par le gouvernement du Land de Basse-Autriche énonçait que, si une étude concernant la possibilité d'utiliser des structures en asphalte avait bien été effectuée en 1989, les expériences acquises à l'occasion de marchés antérieurs avaient montré que, malgré l'exécution soignée et conforme aux marchés d'une telle structure, des ornières d'une profondeur non négligeable étaient apparues déjà après une brève période et que des travaux de réhabilitation supplémentaires étaient devenus nécessaires. Ce rapport énonçait en outre que, pour garantir une fourniture de prestations conforme aux exigences officielles en cas d'acceptation de la variante de Traunfellner, des prestations supplémentaires d'un montant d'environ 2,5 millions d'ATS étaient nécessaires, de sorte que l'avantage en matière de prix se réduisait à 6,9 millions d'ATS. Toujours selon ce rapport, dans le cas de la construction d'un revêtement en béton, les nouvelles technologies permettaient d'escompter une résistance à la déformation du revêtement de la route pendant au moins 30 ans. Dès lors, dans le cas de la construction d'un revêtement en béton, tel que prévue dans le projet officiel, une longévité augmentée de 50 % entraînerait 8,5 % de surcoût. En outre, l'objectif d'utiliser le vieux béton existant afin d'obtenir un matériau fondant de grande qualité pour le nouveau revêtement

en béton (idée du recyclage) ne serait pas pris en considération dans la variante, dans la mesure où le béton existant récupéré ne serait utilisé que partiellement dans le lot de construction à des fins de remblais accessoires. La majeure partie du revêtement en béton existant serait affectée à une utilisation non davantage précisée, en dehors du lot de construction. En conséquence, l'exécution de la réfection générale de la route en béton, conformément à l'appel d'offres officiel, devrait être préférée, en tout cas eu égard à la longévité et à la résistance à la déformation de ce mode de construction. Celui-ci impliquerait en effet une réduction des obligations d'entretien ultérieures, ce qui entraînerait à son tour moins de gêne pour la circulation, minimisant ainsi les incidences négatives sur la facilité, la sécurité et la fluidité de la circulation. En conséquence, la variante ne devrait pas être considérée comme équivalant aux exigences du projet officiel et devrait donc être éliminée. Sur la base de ce rapport de contrôle, la commission des passations de marchés a décidé le 17 mars 1998 de proposer l'attribution du marché au groupement de soumissionnaires Ilbau — LSH Fischer — Heilit & Woerner.

11. Traunfellner a demandé à la juridiction de renvoi, le Bundesvergabeamt, de déclarer nulle et non avenue l'élimination de sa variante. Le 21 avril 1998, cette demande a été rejetée au motif que l'équivalence technique de la variante était dépourvue de pertinence. Selon le Bundesvergabeamt, cette offre s'écarte des prescriptions de l'appel d'offres dans une mesure si considérable qu'elle ne constitue plus une variante recevable. À titre subsidiaire, la juridiction de renvoi a exposé que la variante n'était pas techniquement équivalente, puisque le pouvoir adjudicateur était

en droit d'opérer un choix entre des solutions techniques différentes.

12. À la suite de cette décision, c'est l'offre conforme à l'appel d'offres la moins chère qui a été retenue. Les travaux ont été exécutés depuis lors.

13. Statuant sur un recours de Traunfellner, le Verfassungsgerichtshof (Autriche) a annulé la décision du Bundesvergabeamt du 21 avril 1998 pour violation de l'obligation de motivation. Selon le droit autrichien, après annulation d'un acte administratif par le Verfassungsgerichtshof (en l'occurrence, après l'annulation de la décision de la juridiction de renvoi du 21 avril 1998), l'affaire est rétablie dans l'état dans lequel elle se trouvait avant l'adoption de la décision attaquée. Le Bundesvergabeamt, juridiction de renvoi, est donc appelé à statuer à nouveau sur la demande de Traunfellner du 17 avril 1998, visant à voir déclarer nulle et non avenue l'élimination de la variante. Toutefois, en raison de l'attribution intervenue entre-temps, et conformément à l'article 117, paragraphe 3, du Bundesvergabegesetz, il ne reste plus à statuer que sur la question de savoir si cette élimination était légale.

IV — Les questions préjudicielles

14. Le Bundesvergabeamt souhaite savoir dans quel cas on se trouve en présence

d'une «variante» au sens de l'article 19 de la directive 93/37, si le critère de l'«équivalence», sur la base duquel il y a lieu d'apprécier les variantes, doit être mentionné dans le cahier des charges et quelle doit être la conduite à tenir par un pouvoir adjudicateur s'il s'avère par la suite que son appel d'offres était entaché d'un vice. Il a en conséquence déféré à la Cour à titre préjudiciel les questions suivantes:

«1) L'offre alternative d'un soumissionnaire consistant à proposer, au lieu de la réalisation du revêtement de la chaussée en béton, faisant l'objet de l'appel d'offres, un revêtement en asphalte constitue-t-elle une 'variante' au sens de l'article 19, premier alinéa, de la directive 93/37/CEE?

2) Le critère établi par des dispositions nationales pour la possibilité de retenir une 'variante' au sens de l'article 19, premier alinéa, de la directive 93/37/CEE, selon lequel l'offre alternative 'garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente', peut-il être légalement considéré comme une 'exigence minimale' requise et mentionnée par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 19, premier et deuxième alinéas, de la directive 93/37/CEE lorsque le cahier des charges se borne à renvoyer à la disposition nationale et ne précise pas davantage sur la base de quels paramètres de comparaison concrets s'apprécie l'«équivalence»?

3) L'article 30, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/37/CEE, en combinaison avec les principes de transparence et d'égalité de traitement, interdit-il au pouvoir adjudicateur de subordonner l'acceptation d'une offre alternative qui se distingue par une autre qualité technique d'une offre conforme à l'appel d'offres à une appréciation favorable sur la base d'un critère établi dans des dispositions nationales selon lequel l'offre alternative 'garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente' lorsque le cahier des charges se borne à cet égard à renvoyer à la disposition nationale et ne précise pas davantage sur la base de quels paramètres de comparaison concrets s'apprécie l'«équivalence»?

4a) En cas de réponse affirmative à la troisième question: un pouvoir adjudicateur peut-il mener à son terme une procédure de passation de marché telle que celle décrite dans la troisième question, en attribuant le marché?

4b) En cas de réponse affirmative à la troisième question et à la quatrième question, sous a): un pouvoir adjudicateur qui met en œuvre une procédure de passation de marché telle que celle visée à la troisième question doit-il rejeter, sans examen au fond, les variantes proposées par certains soumissionnaires, du moins lorsqu'il n'a pas fixé de critères d'attribution pour l'appréciation des différences techniques de la variante par rapport à l'appel d'offres?

5) En cas de réponse affirmative à la troisième question et à la quatrième question, sous a) et de réponse négative à la quatrième question, sous b): un pouvoir adjudicateur qui met en œuvre une procédure de passation de marché telle que celle visée à la troisième question doit-il retenir une variante dont il ne peut apprécier les différences techniques par rapport à l'appel d'offres à l'aide de critères d'attribution, faute de spécifications correspondantes dans l'appel d'offres, lorsque cette variante constitue l'offre la moins chère et qu'il n'a pas été fixé par ailleurs de critères d'attribution?»

15. À titre de motivation, le Bundesvergabeamt expose que la première question vise à préciser si l'offre d'un revêtement de la route en asphalte au lieu du revêtement en béton faisant l'objet de l'appel d'offres est une variante au sens de l'article 19, premier alinéa, de la directive 93/37 et si, en conséquence, il y a lieu d'appliquer à cette offre les dispositions de la directive régissant les variantes.

16. En ce qui concerne la deuxième question, il explique que, en application de l'article 42, paragraphe 4, du Bundesvergabegesetz, la possibilité de retenir une variante dépend du point de savoir si la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente est garantie. Dans la pratique des passations de marchés, l'examen de l'«équivalence» joue un rôle important. Dans la présente affaire également, le

pouvoir adjudicateur a examiné, puis rejeté, l'équivalence de la variante. Conformément à une pratique constante des pouvoirs adjudicateurs autrichiens, les critères appliqués à cet égard par le pouvoir adjudicateur n'ont cependant pas été fixés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché.

17. Le Bundesvergabeamt considère que cette façon de procéder est incompatible avec l'article 30 de la directive 93/37, ainsi qu'avec les principes de transparence et d'égalité de traitement. Cette incompatibilité ne pourrait être évitée que si la condition d'équivalence de la fourniture de la prestation, applicable aux variantes, était considérée comme une «exigence minimale» au sens de l'article 19, deuxième alinéa, de la directive 93/37. Dans ce cas, la nécessité d'indiquer les paramètres de comparaison concrets à titre de critères d'attribution disparaîtrait. Une telle interprétation irait à son avis à l'encontre des principes de la directive. L'article 19, deuxième alinéa, de ladite directive exige, selon son libellé clair et net, que les pouvoirs adjudicateurs mentionnent dans le cahier des charges les exigences minimales. Le seul fait d'appliquer une disposition nationale établissant le critère de l'équivalence ne saurait être considéré comme une exigence requise par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges.

18. En outre, un simple renvoi à une équivalence qui n'est pas davantage concrétisée ne répond pas aux exigences de la

transparence et n'est pas compatible avec le sens du mot «erläutern» [terme employé dans la version allemande de l'article 19, deuxième alinéa, de la directive 93/37, et qui signifie littéralement «expliquent» ou «précisent», alors que la version française utilise simplement le terme «mentionnent»]. On entend par «erläutern» une explication et une description relativement précises. Or, le pouvoir adjudicateur n'y a pas procédé.

19. Sur la troisième question, le Bundesvergabeamt expose que la directive 93/37 ne laisse aux pouvoirs adjudicateurs que le choix entre le critère du prix le plus bas et le système de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans le premier cas, les variantes sont d'emblée exclues par l'article 19, premier alinéa, de la directive 93/37. Dans le second cas, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus, conformément à l'article 30, paragraphe 2, de ladite directive, de mentionner, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, les critères prévus pour l'appréciation des offres.

20. Cette mise en parallèle montre que des qualités différentes, lorsqu'elles peuvent être offertes, doivent être examinées au regard des critères d'attribution fixés par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, si le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé de critères d'attribution, il semble s'imposer, de l'avis du Bundesvergabeamt, que les variantes ne peuvent pas être évaluées et ne peuvent, dès lors, pas davantage être retenues. La prati-

que des pouvoirs adjudicateurs en Autriche est à cet égard incompatible avec l'économie de la directive 93/37.

21. En outre, une telle façon de procéder est contraire au principe de la transparence. Si le pouvoir adjudicateur recourt, pour l'examen des variantes, à une «équivalence de la fourniture de la prestation» non concrétisée par l'indication préalable de paramètres de comparaison concrets, il prend en considération des critères qu'il n'a pas publiés à l'avance. Cela est incompatible avec la jurisprudence constante de la Cour⁵ et est de nature à priver les soumissionnaires de la possibilité d'apprécier préalablement, sur la base de critères publiés, si le marché prévu ou l'établissement de variantes les intéresse⁶. Dans la pratique, la mise en œuvre de la notion générale d'«équivalence», qui n'est concrétisée par le pouvoir adjudicateur qu'a posteriori, lors de l'examen des variantes, entraîne une grande insécurité et un abondant contentieux. Le pouvoir adjudicateur est en litige soit avec les soumissionnaires ayant présenté des variantes qu'il considère comme n'équivalant pas à ses propres prescriptions, soit avec les soumissionnaires qui n'ont pas présenté de variantes et qui mettent en doute l'équivalence des variantes que le pouvoir adjudicateur envisage de retenir. Les soumissionnaires ne peuvent au préalable que supputer ce qui sera considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur. Cela entraîne une grande

5 — Le Bundesvergabeamt renvoie aux arrêts du 20 septembre 1998, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635, points 35 et suiv.), et du 25 avril 1996, Commission/Belgique, (C-87/94, Rec. p. I-2043, points 57 et suiv.).

6 — Le Bundesvergabeamt renvoie aux arrêts Beentjes (précité à la note 5, points 21 et suiv.), et du 26 septembre 2000, Commission/France (C-225/98, Rec. p. I-7445, points 34 et suiv.).

insécurité auprès des soumissionnaires qui préparent des variantes de façon quasi spéculative, mais également auprès de ceux qui ne présentent pas de variantes, mais qui doivent s'attendre à ce que leur offre soit évincée par une variante considérée comme équivalente par le pouvoir adjudicateur après l'ouverture des offres.

22. En définitive, cette façon de procéder aboutit à introduire un troisième système, «mixte», illicite, se situant entre les critères de l'attribution fondée exclusivement sur le prix et le système de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse. Cela est incompatible avec la jurisprudence de la Cour⁷. En outre, l'application d'un critère qui repose sur le simple renvoi à des dispositions nationales est illicite⁸.

23. Par les quatrième et cinquième questions, le Bundesvergabeamt souhaiterait enfin voir préciser quelle conduite doit tenir un pouvoir adjudicateur lorsqu'il s'avère, dans le cadre d'une procédure de passation de marché en cours, que la pratique autrichienne en la matière est illégale. D'une part, il serait possible de renoncer à l'attribution du marché et de révoquer l'appel d'offres. On peut invoquer en faveur de cette solution le fait que la procédure de passation de marché a été

engagée dans des conditions qui se sont avérées illégales et qui ne peuvent donc plus être appliquées. D'autre part, il est possible de poursuivre la procédure. Il convient toutefois de prendre en considération, dans ce cas, le fait que la procédure devrait être menée à son terme moyennant des restrictions qui n'ont pas été communiquées au préalable aux soumissionnaires. Supposant que la remise de variantes examinées par le pouvoir adjudicateur au regard d'une «équivalence» non davantage concrétisée était recevable, les soumissionnaires ont présenté des variantes. Or, s'il n'est pas possible d'appliquer le critère d'équivalence admis par l'ordre juridique national, des conditions essentielles pour l'établissement des offres se trouvent alors modifiées a posteriori. Un pareil changement par rapport aux conditions qui étaient à la base de l'appel d'offres est susceptible d'être considéré comme une violation du principe d'égalité de traitement⁹.

24. La renonciation à l'attribution du marché et un nouvel appel d'offres sont en conséquence susceptibles d'être la seule façon de procéder régulière. Dans un tel cas, la décision effectivement prise par le pouvoir adjudicateur de rejeter la variante de la demanderesse faute d'équivalence et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire serait en tout état de cause illégale. D'un autre côté, la renonciation totale à l'attribution du marché ainsi que l'obligation de procéder à un nouvel appel d'offres pourraient être considérées comme une conséquence trop radicale d'une violation de certaines dispositions du droit

7 — Le Bundesvergabeamt renvoie aux arrêts du 28 mars 1985, *Commission/Italie* (274/83, Rec. p. 1077, points 24 et suiv.), et du 26 avril 1994, *Commission/Italie* (C-272/91, Rec. p. I-1409).

8 — Le Bundesvergabeamt renvoie à l'arrêt *Beentjes* (précité à la note 5, points 35 et suiv.).

9 — Le Bundesvergabeamt renvoie mutatis mutandis à l'arrêt du 22 juin 1993, *Commission/Danemark* (C-243/89, Rec. p. I-3353).

communautaire, d'autant plus que les exigences communautaires en question sont susceptibles d'être respectées également en s'abstenant simplement d'appliquer, en violation du droit communautaire, un critère d'«équivalence» non davantage concrétisé.

25. En revanche, s'il y avait lieu de mener la procédure à son terme, il se poserait la question de savoir selon quelles modalités le marché doit être attribué. De l'avis de la juridiction de renvoi, deux possibilités sont envisageables à cet égard. Il est d'abord possible que le pouvoir adjudicateur rejette la variante et attribue le marché soit selon le système du prix le plus bas, soit selon le système de l'offre économiquement la plus avantageuse, en n'utilisant que les critères fixés par le pouvoir adjudicateur. Cette possibilité répondrait aux finalités de la directive 93/37, puisque, selon le système de l'article 30 de celle-ci, les qualités différentes susceptibles d'être offertes doivent précisément être évaluées au moyen de critères d'attribution. Le fait que des différences de qualité ne peuvent être évaluées au moyen de tels critères a pour conséquence que l'offre n'est pas comparable avec les offres des concurrents. Or, si une offre n'est pas comparable, elle devrait être éliminée en application des principes d'égalité de traitement.

26. Il est toutefois également possible de contraindre le pouvoir adjudicateur à retenir la variante et à faire abstraction des différences qualitatives dont elle est assortie. Il s'agit cependant là d'une façon de

procéder peu appropriée, puisque le pouvoir adjudicateur serait alors tenu de retenir une offre qui ne correspond pas aux exigences qualitatives qu'il a lui-même fixées, sans avoir la possibilité d'apprécier ces différences qualitatives au regard de quelque critère que ce soit. Cela irait à l'encontre de l'objectif de la directive 93/37, tel qu'il a été formulé par la Cour, puisque le pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure, dans ce cas, de comparer différentes offres et de retenir la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs¹⁰.

V — Arguments des parties et appréciation

A — Sur la recevabilité

27. Dans ses observations écrites, la Commission conteste la recevabilité de la présente demande de décision à titre préjudiciel. Elle renvoie à sa prise de position dans l'affaire Siemens et ARGE Telekom & Partner (C-314/01), pendante devant la Cour, dans laquelle elle a contesté la qualité de juridiction du Bundesvergabeamt, au sens de l'article 234 CE, au motif que ses décisions n'ont pas de caractère contraignant. Elle a toutefois retiré cette objection au cours de la procédure orale, compte tenu

10 — Le Bundesvergabeamt renvoie à l'arrêt du 16 septembre 1999, *Metalmecanica Fracasso et Leitschutz Handels- und Montage* (C-27/98, Rec. p. I-5697, point 31).

de l'arrêt rendu entre-temps dans l'affaire Felix Swoboda¹¹. La demande de décision à titre préjudiciel est recevable.

30. ASFINAG se situe dans ses observations sur un plan plus général et estime que l'on se trouve en présence d'une variante lorsque, dans une offre, certaines parties des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres sont remplacées.

B — Sur la première question

1) Arguments des parties

28. Traunfellner, ASFINAG et les gouvernements autrichien et français sont d'avis que l'offre d'un revêtement en asphalte constitue, par rapport au revêtement en béton faisant l'objet de l'appel d'offres, une variante au sens de l'article 19 de la directive 93/37.

29. Traunfellner estime que l'on se trouve en présence d'une variante lorsqu'une proposition porte sur un nouveau procédé d'exécution, une structure différente, un autre matériau ou d'autres alternatives qui garantissent une fourniture plus pratique ou moins chère de la prestation. L'asphalte constitue une alternative technique au béton. L'examen doit donc porter sur l'équivalence technique de l'offre, la capacité de charge, la planéité transversale et l'adhérence.

11 — Arrêt du 14 novembre 2002 (C-411/00, Rec.p. I-10567, points 27 et suiv.). Voir dans le même sens conclusions de l'avocat général Mischo du 25 février 2003 dans l'affaire Fritsch, Chiari & Partner e.a. (C-410/01, arrêt du 19 juin 2003, Rec. p. I-6413, p. I-6415, points 20 à 23). Voir également conclusions de l'avocat général Geelhoed du 10 octobre 2002 dans l'affaire GAT (C-315/01, arrêt du 19 juin 2003, Rec. p. I-6351, p. I-6354, points 22 et suiv.).

31. Le gouvernement autrichien se réfère à la genèse de la disposition en question. Dans son projet de modification de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971 (JO L 185, p. 5), portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, la Commission a énoncé que seule une modification du plan de construction ou des matériaux de construction prescrits pouvait être proposée¹².

32. Le gouvernement français est d'avis que la notion de variante doit faire l'objet d'une interprétation large. Dans l'appel d'offres qui est à l'origine de la procédure au principal, le béton n'a pas été prescrit à titre de spécification technique incontournable. Dès lors, l'asphalte doit être considéré comme une variante.

33. La Commission fait observer que la question déferée à la Cour est une question de fait qui est en principe irrecevable. Il n'est possible d'y répondre que moyennant une reformulation. À son avis, la question doit être comprise en ce sens qu'elle vise à

12 — COM(86)679 fin., du 23 décembre 1986.

connaître les conditions dans lesquelles une proposition d'offre alternative peut être considérée comme une variante. Elle répond à la question ainsi reformulée en énonçant qu'il doit s'agir d'une procédure dans laquelle le marché est passé selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, dans laquelle les variantes ne peuvent être exclues et dans laquelle l'offre doit répondre aux exigences minimales mentionnées.

2) Appréciation

34. Par sa première question, le Bundesvergabeamt souhaite savoir si l'offre de réaliser un revêtement en asphalte constitue une variante par rapport à la réalisation d'un revêtement en béton exigé dans l'appel d'offres.

35. Cette question a pour objet la qualification d'un élément de fait concret au regard de la notion communautaire de «variante» visée à l'article 19 de la directive 93/37. Il appartient cependant à la juridiction nationale, dans la répartition des tâches établie par l'article 234 CE, d'appliquer les règles de droit communautaire à un cas concret. En effet, une telle application ne peut être effectuée sans une appréciation des faits de l'affaire dans leur ensemble¹³. En conséquence, la première

question est irrecevable telle qu'elle est formulée.

36. La Cour peut cependant fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui permettront à celle-ci de résoudre le problème juridique dont elle se trouve saisie¹⁴. À titre subsidiaire, pour le cas où la Cour déciderait de reformuler la première question, il convient donc d'observer ce qui suit.

37. Eu égard à l'annulation par le Verfassungsgesichtshof de la première décision rendue par la juridiction de renvoi le 21 avril 1998 dans la présente affaire, il convient de comprendre la première question comme visant à savoir où se situent les limites de la notion de «variante» visée à l'article 19 de la directive. Quand peut-on encore parler d'une «variante» et à partir de quand la prestation proposée diffère-t-elle à ce point de celle faisant l'objet de l'appel d'offres que la variante devient irrecevable?

38. Ainsi reformulée, la première question devient certes une question de droit à laquelle la Cour peut en principe répondre. Il convient toutefois de tenir compte du fait que la procédure devant le Bundesverga-

13 — Arrêts du 8 février 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (C-320/88, Rec. p. I-285, point 11), et du 18 novembre 1999, *Teckal* (C-107/98, Rec. p. I-8121, point 31).

14 — Arrêts du 4 mai 1993, *Distribuidores Cinematográficos* (C-17/92, Rec. p. I-2239, point 8), et *Teckal* (précité à la note 13, point 33).

beamt se rapporte au stade de l'attribution du marché et non à celui de l'examen de la recevabilité des variantes. Selon les explications contenues dans l'ordonnance de renvoi, le pouvoir adjudicateur n'a pas éliminé la variante comme irrecevable, mais comme non équivalente. Strictement parlant, la réponse à la première question n'est donc pas nécessaire pour le litige au principal et pourrait dès lors être considérée comme une question hypothétique, irrecevable selon une jurisprudence constante¹⁵. Il en va de même pour la deuxième question.

39. Les deux premières questions n'ont un sens que si l'on suit la thèse du Bundesvergabeamt selon laquelle un recours contre des décisions du pouvoir adjudicateur est irrecevable si la procédure de passation de marché est entachée d'un vice à un stade antérieur (en l'occurrence, celui de l'indication d'exigences minimales dans l'appel d'offres et de l'appréciation de la recevabilité des variantes) mais que ce vice n'a pas été invoqué (dans la présente affaire, le recours n'a été introduit qu'au stade de l'attribution du marché). La question de savoir dans quelle mesure cette thèse est compatible avec le droit communautaire, notamment avec 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 travaux¹⁶, fait l'objet de l'affaire GAT. Dans ses conclusions du

10 octobre 2002, l'avocat général Geelhoed a considéré que cette pratique était incompatible avec la directive recours¹⁷. L'arrêt statuant sur cette affaire n'a pas encore été rendu. Il y a lieu de laisser cette question en suspens dans la présente procédure, puisqu'elle n'y a pas été débattue.

40. Il convient donc d'observer, à titre subsidiaire, que, en application de l'article 19, premier alinéa, de la directive 93/37, les variantes sont irrecevables lorsqu'elles ne satisfont pas aux exigences minimales requises par le pouvoir adjudicateur. La réponse à la question de savoir quand on se trouve en présence d'une variante dépend donc des exigences minimales qui sont requises dans chaque cas d'espèce par le pouvoir adjudicateur et qui doivent être indiquées dans l'appel d'offres.

41. Les observations présentées par les parties sur la première question confirment l'analyse selon laquelle tout dépend du cas d'espèce. La Commission met l'accent sur des aspects procéduraux, comme l'attribution selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse et l'absence d'une exclusion des variantes. Pour le reste, elle se fonde cependant elle aussi sur le respect des exigences minimales mentionnées. Les autres parties font état d'aspects particuliers de la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres, tels que de nouveaux

15 — Arrêts du 13 mars 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Rec. p. I-2099, point 39), et du 22 janvier 2002, *Canal Satellite Digital* (C-390/99, Rec. p. I-607, point 19).

16 — JO L 395, p. 33.

17 — Conclusions dans l'affaire GAT (précitée à la note 11, points 45 et suiv.).

procédés d'exécution (de construction) ou de nouveaux matériaux.

de variantes il entend prendre en considération²². La seule exigence posée par ledit article 19 est la condition de recevabilité quant à l'équivalence de la prestation offerte dans la variante par rapport à la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres. L'équivalence doit être examinée au regard des exigences minimales dont l'établissement incombe au pouvoir adjudicateur.

42. L'article 19 de la directive 93/37 trouve son origine dans une initiative de la Commission. Sa proposition de modification de la directive 71/305 prévoyait que les variantes pouvaient concerner soit une modification essentielle du plan de construction ou des matériaux de construction prescrits, soit une modification de la méthode de travail ou des techniques de travail prévues¹⁸. Il y avait lieu de donner aux entrepreneurs la possibilité de proposer des solutions techniques plus avancées¹⁹. Ultérieurement, la Commission a étendu cette proposition, dans le cadre de la procédure législative, en ce sens qu'une variante devait simplement répondre aux exigences minimales requises par le pouvoir adjudicateur²⁰. Cette proposition est par la suite devenue l'article 20 bis de la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305²¹. Celui-ci est identique à l'article 19 de la directive 93/37. Il résulte de cette genèse qu'une variante peut avoir en principe pour objet toute partie de l'appel d'offres. La disposition en question vise, même dans sa rédaction actuelle, à promouvoir le progrès technique dans le domaine des travaux. Elle est délibérément conçue de façon ouverte et laisse au pouvoir adjudicateur le soin de décider s'il désire autoriser ou interdire les variantes et d'établir quel type

43. Il ressort de ces considérations que l'appréciation de la question de savoir si on se trouve encore en présence d'une variante ou bien s'il s'agit d'une offre devant être éliminée comme irrecevable relève en définitive du seul pouvoir adjudicateur. Un contrôle juridictionnel devra se limiter à vérifier si les conditions procédurales prescrites par la directive 93/37 et les exigences minimales requises par le pouvoir adjudicateur ont été respectées, et enfin si le pouvoir adjudicateur n'a pas manifestement outrepassé, lors de l'examen des offres, la marge d'appréciation qui lui appartient, par exemple s'il ne s'est pas livré, dans le cadre de l'examen de l'équivalence, à des considérations étrangères à celle-ci. L'appréciation matérielle de la question de savoir si la prestation offerte est conforme à l'appel d'offres appartient au pouvoir adjudicateur, seul en mesure, en raison de sa compétence en la matière, d'apprécier l'équivalence de la prestation offerte par rapport à celle faisant l'objet de l'appel d'offres.

18 — COM(86)679 fin. (précité à la note 12, p. 43), nouvel article 20 bis, deuxième alinéa.

19 — COM(86)679 fin. (précité à la note 12, p. 12).

20 — COM(88)354 fin., du 21 juin 1988, p. 13 et 22, relativement à l'article 20 bis.

21 — JO L 210, p. 1.

22 — Voir guide de la Commission sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de travaux, p. 53, point 6.4.1., consultable sur le site Internet de la direction générale «Marché intérieur» de la Commission, l'adresse exacte est: http://europa.eu.int/comm/internet_market.

44. En conséquence, nous proposons à titre subsidiaire de répondre à la première question en ce sens que, dans le cadre d'une procédure ouverte de passation de marché fondée sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, on se trouve en présence d'une variante au sens de l'article 19 de la directive 93/37 lorsque la présentation de variantes n'est pas exclue et que la proposition en question remplace une partie de la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres tout en remplissant les exigences minimales requises.

C — Sur les deuxième et troisième questions

45. ASFINAG et les gouvernements autrichien et français traitent les deuxième et troisième questions conjointement. Ces deux questions portent en substance sur l'obligation de publier les critères d'appréciation appliqués par le pouvoir adjudicateur. Dans cette mesure, nous adopterons la même approche.

1) Arguments des parties

46. Traunfellner est d'avis que, dans la mesure où l'appel d'offres n'indique pas d'exigences minimales, la condition d'équi-

valence prescrite à l'article 42, paragraphe 4, du Bundesvergabegesetz doit être considérée comme une exigence minimale au sens de l'article 19 de la directive 93/37. L'objet de la prestation, indiqué dans l'appel d'offres et, partant, connu de tous les soumissionnaires, constitue le point de rattachement central pour l'examen de l'équivalence.

47. Même lorsque l'appel d'offres n'indique pas de critères, il est nécessaire d'évaluer les variantes. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur entend simplement garantir la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente.

48. ASFINAG et le gouvernement autrichien soulignent qu'il est difficile en pratique d'établir des exigences minimales. ASFINAG souligne que les marchés de travaux, en particulier, se composent d'une multitude de postes. Le pouvoir adjudicateur ne peut savoir à l'avance quels seront ceux qui feront l'objet d'offres alternatives. Il n'est au demeurant pas nécessaire d'indiquer pour tous les postes des critères concrets, puisque le critère général de l'équivalence de la prestation est suffisant. Il n'y a pas violation du principe de la transparence aussi longtemps qu'il est garanti que toutes les offres seront appréciées selon les mêmes critères d'attribution. L'article 30 de la directive n'interdit pas de subordonner l'admission d'une variante au fait que la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente soit garantie.

49. Le gouvernement autrichien observe tout d'abord que, à son avis, la juridiction de renvoi mélange les deux aspects constitués, d'une part, par les exigences minimales visées à l'article 19 de la directive et, d'autre part, par les critères d'attribution visés à son article 30. Les premières concernent la recevabilité d'une variante, les seconds l'évaluation des offres recevables. La Commission se rallie à cette argumentation.

50. L'obligation d'établir des exigences minimales existe indépendamment de la question de savoir si des variantes sont admises. Il est nécessaire de mentionner les exigences minimales, ce qui signifie que le pouvoir adjudicateur doit préciser quelles exigences sont à ses yeux indispensables et seront retenues par lui en tant que critères d'évaluation pour l'examen de l'équivalence d'une offre.

51. Le gouvernement autrichien est en outre d'avis que, pour le cas où des exigences minimales sont établies, un renvoi, dans l'appel d'offres, à des normes d'application générale accessibles au public est possible. L'article 31, paragraphe 2, du Bundesvergabegesetz prescrit expressément d'indiquer dans les appels d'offres que ceux-ci sont régis par cette loi. Les soumissionnaires intéressés peuvent s'informer de ces normes. Le renvoi à des dispositions applicables réduit le volume des textes d'appels d'offres à publier. En outre, l'article 23 de la directive 93/37 permet également d'indiquer une autorité auprès de laquelle des informations sur les obliga-

tions à respecter en matière de droit du travail peuvent être obtenues. Le renvoi à une disposition générale publiée est comparable à ce mécanisme.

52. Le gouvernement français et la Commission sont pour leur part d'avis qu'un renvoi à des dispositions applicables ne satisfait pas, selon la jurisprudence, aux exigences de transparence²³.

53. Le gouvernement français estime que, dans la procédure au principal, le procédé suivi a abouti à une discrimination à l'encontre des soumissionnaires non établis en Autriche. En outre, les soumissionnaires ayant l'intention de présenter des variantes ont été désavantagés, puisqu'ils ne connaissaient pas les critères sur la base desquels leurs offres seraient appréciées.

54. La Commission ajoute que la référence à l'équivalence de la prestation n'est pas suffisante lorsque l'utilisation de matériaux spécifiques est exigée. Il est au contraire nécessaire d'indiquer des critères tels que la longévité ou la résistance à la déformation.

23 — Ils renvoient aux arrêts Beentjes (précité à la note 5) et Commission/France (précité à la note 6).

55. À son avis, des variantes ne peuvent être admises lorsqu'il n'a pas été mentionné d'exigences minimales. Dans de tels cas, l'appel d'offres viole le droit communautaire, puisqu'il n'y a eu ni interdiction de présenter des variantes, ni mention d'exigences minimales à respecter. Dans ces conditions, il n'est donc pas possible de poursuivre la procédure de passation de marché.

2) Appréciation

56. La deuxième question vise à savoir si le régime de l'article 42 du Bundesvergabegesetz peut être considéré, du fait d'un renvoi à cette disposition dans le cahier des charges, comme l'établissement d'exigences minimales au sens de l'article 19 de la directive 93/37, lorsqu'il n'est pas indiqué sur la base de quels paramètres de comparaison l'équivalence de la prestation sera examinée. Cette question comporte deux aspects partiels: d'une part, le point de savoir si le renvoi à une disposition nationale répond à l'exigence de transparence, d'autre part, celui de savoir si le régime prévu à l'article 42, paragraphe 4, du Bundesvergabegesetz peut être considéré comme une exigence minimale au sens de l'article 19 de la directive 93/37.

57. La troisième question vise à savoir si l'article 30 de la directive 93/37 s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne l'admission d'une variante aux critères de l'offre d'une prestation équiva-

lente, lorsque ce critère n'est pas indiqué dans l'appel d'offres, mais résulte simplement d'une disposition à laquelle l'appel d'offres renvoie. Sous cet aspect également, il se pose le problème de la compatibilité d'un tel mécanisme avec l'exigence de transparence. Sur ce point, cette question recoupe la deuxième question. Il convient donc tout d'abord d'examiner les aspects qui touchent à l'exigence de transparence.

58. Dans les arrêts Beentjes et Commission/France, la Cour a jugé que, lorsque les pouvoirs adjudicateurs se fondent sur divers critères en vue d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils sont tenus de mentionner ces critères soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges. Un renvoi général à une disposition de la législation nationale ne saurait satisfaire à cette exigence de publicité²⁴.

59. Ces décisions rendues sur l'article 30 de la directive 93/37 se fondent sur les principes de la transparence et de l'égalité de traitement. Il s'agit là de deux principes fondamentaux du droit des marchés publics, qui sont également à la base de la directive 93/37, ainsi qu'il résulte des dixième et onzième considérants de celle-ci. Ils doivent donc être observés l'un et l'autre également dans le cadre de l'interprétation de l'article 19 de cette directive. En conséquence, un renvoi général à une disposition nationale ne suffit pas non plus pour la mention d'exigences minimales.

²⁴ — Arrêts Beentjes (précité à la note 5, point 35) et Commission/France (précité à la note 6, point 73).

60. Nous proposons dès lors de répondre à la deuxième et à la troisième questions dans les termes suivants: le renvoi à une disposition nationale n'est suffisant ni pour l'établissement d'exigences minimales au sens de l'article 19 ni pour l'établissement de critères d'attribution au sens de l'article 30 de la directive 93/37.

61. Strictement parlant, il n'est donc plus nécessaire de répondre à la deuxième partie de la deuxième question, visant à savoir dans quelle mesure le régime de l'article 42, paragraphe 4, du Bundesvergabegesetz peut être considéré comme une exigence minimale. Ce n'est qu'à titre subsidiaire, pour le cas où la Cour adopterait un autre point de vue quant à l'exigence de publicité, que nous nous prononcerons sur cette question.

62. La notion d'exigences minimales visée à l'article 19 n'est pas définie dans la directive 93/37. Ainsi que nous l'avons déjà exposé dans le cadre de la première question, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation pour l'établissement des exigences minimales. Celles-ci concernent des qualités ou des résultats qui caractérisent la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres et auxquels la prestation offerte doit satisfaire.

63. Ainsi que nous l'avons également déjà exposé dans le cadre de la première ques-

tion, le pouvoir adjudicateur est en principe libre de décider s'il désire autoriser ou interdire les variantes. S'il les interdit, il doit en faire mention expresse dans l'avis de marché, conformément à l'article 19, deuxième alinéa, deuxième phrase, de la directive 93/37. Lorsque les variantes sont autorisées, une mention en ce sens dans l'appel d'offres est inutile²⁵.

64. Toutefois, ainsi qu'il résulte de l'article 19, deuxième alinéa, première phrase, de la directive 93/37, dans le cas où les variantes sont autorisées, le pouvoir adjudicateur est obligé de mentionner dans le cahier des charges les conditions minimales qu'elles doivent respecter²⁶. Cette obligation découle de l'utilisation de l'indicatif («mentionnent [...] les conditions minimales»). S'il était loisible au pouvoir adjudicateur, dans ce cas, d'établir ou non des exigences minimales, on aurait sans doute utilisé la formulation: «peuvent mentionner [...] des conditions minimales».

65. Cette interprétation, axée sur le libellé de la disposition en question, est également conforme à son esprit. Lorsque des variantes sont autorisées, les soumissionnaires doivent savoir selon quels critères leurs propositions seront évaluées par le pouvoir

25 — Voir énonciations figurant dans le guide des marchés publics de travaux (précité à la note 22, p. 53, point 6.4.1).

26 — Voir énonciations contenues dans le guide des marchés publics de travaux (précité à la note 22, p. 53, point 6.4.1).

adjudicateur. Cette évaluation intervient au regard des exigences minimales par lesquelles les attentes du pouvoir adjudicateur quant à la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres sont concrétisées. Ce n'est que si les variantes sont conformes à ces exigences établies au préalable — principe de l'égalité de traitement — et publiées dans l'appel d'offres — principe de la transparence — que les soumissions introduites en tant que variantes sont recevables²⁷. En conséquence, un appel d'offres qui, faute d'exclusion expresse, admet les variantes sans toutefois établir des exigences minimales n'est pas conforme aux prescriptions de la directive 93/37.

66. L'objection selon laquelle il est impossible en pratique d'indiquer au préalable tous les critères, puisque l'on ne connaît pas les points sur lesquels des alternatives seront offertes, doit en conséquence être écartée. Le pouvoir adjudicateur devrait être en mesure de formuler ses attentes quant à la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres et aux spécifications contenues dans les différentes sous-rubriques, telles que la force portante d'un pont ou la capacité de charge et la longévité d'un revêtement routier. L'appel d'offres relatif à une prestation de travaux devrait formuler avant tout le résultat attendu par le pouvoir adjudicateur. La question de savoir si une offre garantit ce résultat doit être analysée pour les propositions conformes à l'appel d'offres, tout comme pour les variantes, sur la base de critères objectifs qui doivent être portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'appel d'offres. Qu'il s'agisse à cet égard de critères de recevabilité dans le cadre de l'article 19 de

la directive 93/37 ou de critères d'attribution au sens de l'article 30 de cette directive est sans importance. Les principes de l'égalité des droits des soumissionnaires et de la transparence valent pour l'une et l'autre dispositions.

67. Le régime de l'article 42, paragraphe 4, du Bundesvergabegesetz exige que la prestation offerte par la variante soit équivalente par rapport à la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres. Ce critère ne se rapporte pas aux qualités ou aux résultats qui caractérisent la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres. Il s'agit au contraire de l'évaluation de la prestation offerte par rapport à la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres.

68. Le critère de l'équivalence se retrouve à l'article 19, premier alinéa, in fine, qui énonce que les variantes peuvent être prises en considération «[...] lorsqu'elles satisfont aux exigences minimales requises par (les) pouvoirs adjudicateurs». La proposition de la Commission de 1986 énonçait: «elles [les variantes] sont prises en considération si leur qualité satisfait au moins aux exigences prescrites»²⁸. À cette formulation, qui a déjà été modifiée dans le cadre de la procédure d'adoption de la directive 89/440 au profit de la rédaction actuelle, correspond dans une large mesure celle de l'article 42, paragraphe 4, du Bundesvergabegesetz. Celui-ci énonce qu'une variante n'est recevable que si elle «[...] garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente».

27 — Arrêts Commission/Danemark (précité à la note 9, points 37 à 40) et du 18 octobre 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725, point 40 et suiv.).

28 — COM(86)679 fin. (précité à la note 12, p. 43, article 20 bis, paragraphe 3).

69. Il résulte de ces différentes formulations que le critère de l'équivalence ne peut être une « exigence minimale » au sens de l'article 19 de la directive 93/37. Cette équivalence porte au contraire sur le résultat qu'une variante doit atteindre. La question de savoir si ce résultat est atteint doit être analysée au regard des exigences minimales par lesquelles le pouvoir adjudicateur a caractérisé ses attentes quant à la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres. L'équivalence ne constitue pas à elle seule un critère d'appréciation, mais se borne à définir le niveau devant être atteint par la variante.

70. Dans la mesure où la Cour l'estimerait encore nécessaire, nous proposons en conséquence de répondre comme suit à cet aspect partiel de la deuxième question: le critère de l'équivalence établi pour l'appréciation de la recevabilité d'une variante n'est pas une exigence minimale requise par le pouvoir adjudicateur au sens de l'article 19 de la directive 93/37.

D — *Sur les quatrième et cinquième questions*

1) Arguments des parties

71. ASFINAG et le gouvernement autrichien estiment que les quatrième et cin-

quième questions sont irrecevables car hypothétiques. Le marché à l'origine de la procédure au principal a été entre-temps attribué et les travaux exécutés. La juridiction de renvoi n'est plus appelée à statuer que sur le point de savoir si l'élimination de la variante a été légale.

72. À titre subsidiaire, ils estiment, en ce qui concerne la quatrième question, sous a), que la procédure peut être menée à son terme. ASFINAG se fonde à cet égard sur l'article 2 de la directive 89/665²⁹. Le gouvernement autrichien invoque le fait qu'il n'existe pas d'obligation d'attribution³⁰ et en déduit a contrario que le pouvoir adjudicateur a la faculté de mener la procédure à son terme.

73. Traunfellner et la Commission sont pour leur part d'avis, en ce qui concerne la quatrième question, que le pouvoir adjudicateur ne peut mener la procédure à son terme, mais doit l'engager à nouveau, lorsque l'appel d'offres n'était pas conforme au droit communautaire. Ce n'est que dans des conditions très strictes qu'il est possible de ne pas autoriser des variantes.

²⁹ — Voir note 16.

³⁰ — Il renvoie à l'arrêt *Metalmeccanica Fracasso et Leitschutz* (Handels- und Montage (précité à la note 10)).

74. Sur la quatrième question, sous b), Traunfellner est d'avis que, lorsque le pouvoir adjudicateur a autorisé les variantes, il doit également autoriser une évaluation de l'équivalence. Eu égard à la large possibilité de présenter des variantes, il serait anormal que le pouvoir adjudicateur soit tenu de les rejeter sans examen. ASFINAG se montre elle aussi en faveur de cette conclusion.

75. Sur la quatrième question, sous b), et sur la cinquième question, la Commission est en revanche d'avis qu'il y a lieu de rejeter les variantes lorsqu'il n'a pas été établi de critères d'attribution pour l'appréciation des différences techniques.

76. Traunfellner estime, en ce qui concerne la cinquième question, qu'une obligation de retenir l'offre la moins chère est incompatible avec l'esprit de la directive. Dans la procédure au principal, l'équivalence de la variante présentée permettait également d'évaluer les différences techniques. Au demeurant, les travaux routiers constituent un domaine faisant l'objet d'une large expérience; en conséquence, l'indication de critères d'attribution n'est pas nécessaire pour l'examen d'une équivalence technique fonctionnelle.

2) Appréciation

77. Selon la jurisprudence constante de la Cour, 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 pour être en mesure de rendre son jugement 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 statuer³¹.

78. Toutefois, la Cour a également jugé que, dans des circonstances exceptionnelles, il lui appartenait d'examiner les conditions dans lesquelles elle était saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence. Elle peut ainsi refuser de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a 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 et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées³².

79. Comme ASFINAG et le gouvernement autrichien le soulignent à juste titre, la

31 — Arrêts du 15 décembre 1995, *Bosman* (C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59); *PreussenElektra* (précité à la note 15, point 38), et *Canal Satellite Digital* (précité à la note 15, point 18).

32 — Voir jurisprudence citée à la note 15.

quatrième question, sous a) et b), ainsi que la cinquième question, ne se posent plus dans la procédure au principal. Selon les propres énonciations de la juridiction de renvoi, le marché de construction de ponts et de routes a été attribué et les travaux exécutés. Le Bundesvergabeamt n'est donc plus appelé à statuer que sur la question de savoir si l'élimination de la variante de Traunfellner, prononcée dans la procédure de passation de marché, était ou non légale. La question de savoir si et, le cas échéant, comment, la procédure de passation de marché doit être poursuivie n'a plus besoin d'être tranchée dans le cadre de la procédure au principal. Il apparaît donc que les quatrième et cinquième questions n'ont manifestement aucun rapport avec l'objet du litige au principal et sont de nature hypothétique. Selon une jurisprudence constante, il n'y a pas lieu de répondre à de telles questions³³.

80. À titre subsidiaire, pour le cas où la Cour considérerait ces questions comme recevables, nous proposons d'y répondre comme suit.

81. Quatrième question, sous a): une procédure de passation de marché dans laquelle l'appel d'offres ne précède pas sur la base de quels paramètres de comparaison concrets s'apprécie l'équivalence ne peut être menée à son terme par l'attribution du marché. En application de l'article 30, paragraphe 2, de la directive 93/37, tous les critères d'attribution dont le pouvoir adjudicateur prévoit l'utilisation doivent

être mentionnés dans l'avis de marché. Ainsi qu'il est exposé à l'égard des deuxième et troisième questions, cette disposition est sous-tendue par les principes de l'égalité de traitement et de la transparence. L'utilisation, pour la poursuite de la procédure de passation de marché, de critères d'attribution non publiés dans l'appel d'offres violerait ces principes. L'avocat général Mischo parvient d'ailleurs au même résultat dans ses conclusions présentées le 27 février 2003 dans l'affaire EVN et Wienstrom³⁴.

82. Quatrième question, sous b): cette question n'est posée que pour le cas où la procédure de passation de marché peut être menée à son terme. À la lumière des considérations qui précèdent, il est inutile d'y répondre. À seule fin d'être complet, il y a lieu de constater que les variantes ne peuvent être appréciées si aucun critère d'appréciation n'a été publié dans l'appel d'offres. Si elles l'étaient, il y aurait violation des principes de l'égalité de traitement et de la transparence.

83. Cinquième question: lorsqu'un pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, il ne peut passer au cours de la procédure à une attribution selon le critère du prix le plus bas. Un changement de critères d'attribution au cours d'une procédure de passation de marché pendant viole l'obligation de transparence³⁵. En conséquence, une variante dont les différences

33 — Arrêts du 16 décembre 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045, points 18 à 21); du 16 juillet 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871, point 25), et du 21 janvier 2003, Bacardi Martini et Cellier des Dauphins (C-318/00, Rec. p. I-905, point 43).

34 — C-448/01 (arrêt du 4 décembre 2003, pas encore publié au Recueil, points 122 et suiv.).

35 — Arrêts SIAC Construction (précité à la note 27, point 43) et Commission/Belgique (précité à la note 5, points 88 et suiv.).

techniques par rapport à l'appel d'offres ne peuvent être appréciées à l'aide de critères d'attribution, faute de spécifications correspondantes dans l'appel d'offres, ne peut être retenue lorsqu'elle constitue l'offre la moins chère et qu'il n'a pas été fixé par ailleurs de critères d'attribution. Lorsque le

marché est attribué selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, il est nécessaire de mentionner, conformément à l'article 30, paragraphe 2, de la directive 93/37, les critères d'attribution dont l'utilisation est prévue. Un appel d'offres qui ne satisfait pas à cette condition est illégal.

VI — Conclusion

84. Sur la base des considérations qui précèdent, nous proposons:

- 1) de déclarer irrecevables les première, quatrième et cinquième questions;
- 2) et de répondre aux deuxième et troisième questions comme de la manière suivante:

«Le renvoi à une disposition nationale n'est suffisant ni pour l'établissement d'exigences minimales au sens de l'article 19 de la directive 93/37 ni pour l'établissement de critères d'attribution au sens de l'article 30 de cette directive.

Le critère de l'équivalence établi pour l'appréciation de la recevabilité d'une variante n'est pas une exigence minimale requise par le pouvoir adjudicateur au sens de l'article 19 de la directive 93/37.»