CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 29 juin 2010[1]

1. Dans le cadre du présent recours en manquement, la Cour est invitée à préciser dans quelle mesure le droit de l'Union est applicable à un marché public pour lequel les directives pertinentes n'imposent que l'application de quelques dispositions minimales. Plus particulièrement, il s'agit en l'espèce d'un marché de services de traduction pour lesquels la directive 2004/18/CE[2] prévoit seulement l'obligation d'indiquer les spécifications techniques du service ainsi que l'obligation de publier un avis de marché passé. La Commission considère cependant que, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour, l'administration irlandaise aurait dû respecter plusieurs obligations supplémentaires, dont le non-respect est à l'origine de la présente procédure.

I — Le cadre juridique

2. La réglementation de l'Union qui sert de référence essentielle dans la présente affaire est constituée par les traités et par la directive.

3. Il est constant entre les parties que les services en cause en l'espèce relèvent de ceux figurant à l'annexe II B de la directive. En effet, les services de traduction entrent, en tant que «autres services», dans la catégorie 27 de ladite annexe.

4. L'article 21 de la directive, intitulé «Marchés de services figurant à l'annexe II B», dispose:

«La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 4».

5. L'article 23 de la directive, intitulé «Spécifications techniques», ne suscite pas de controverse et son texte intégral peut donc en l'occurrence être laissé de côté. Il s'agit d'une disposition très longue et détaillée, faisant obligation aux entités adjudicatrices de marchés publics d'établir de manière claire et précise les conditions de la prestation demandée, afin d'éviter un traitement différencié des

1 — Langue originale: l'italien.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114, ci-après la «directive»).

opérateurs économiques qui sont intéressés à conclure le contrat avec l'administration.

6. L'article 35, paragraphe 4, de la directive oblige en revanche les pouvoirs adjudicateurs qui ont passé un marché public à prévoir un avis d'information sur le résultat de la procédure de passation. La Commission ne reproche pas non plus à l'Irlande d'avoir enfreint cette disposition.

II — Les faits et la procédure précontentieuse

7. Le 16 mai 2006, a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis [3] relatif au marché, lancé par le gouvernement irlandais, en vue de la fourniture de services de traduction et d'interprétation au bureau chargé des questions relatives aux réfugiés.

8. L'avis de marché précisait la catégorie des services demandés et fixait une date limite (à savoir le 9 juin 2006) pour manifester un intérêt à participer à la procédure de passation. Quant aux modalités d'attribution, il était indiqué que l'offre économiquement la plus avantageuse serait retenue, sur la base des sept critères suivants:

1) exhaustivité du dossier présenté;

2) capacité déclarée à répondre aux exigences;

3) éventail de lots [4], de services et de langues;

4) qualifications, expérience dans le domaine concerné;

5) coût;

6) caractère adéquat des modalités proposées;

7) sites de référence.

9. L'avis précisait, en outre, que les critères d'attribution énoncés ne devaient pas être compris comme étant énumérés par ordre décroissant d'importance.

3 — JO S 92. Le numéro de référence de l'avis est le suivant: 2006/S 92-098663.

4 — L'avis prévoyait la subdivision du marché en plusieurs lots.

10. Douze sociétés, dont trois établies en dehors du territoire irlandais, ont manifesté un intérêt à participer à la procédure de passation.

11. Immédiatement après l'expiration du délai imparti pour présenter les offres, les membres de la commission d'appel d'offres ont reçu une grille indiquant le poids relatif à affecter aux critères d'attribution. Ce poids oscillait entre 0 % (pour le critère nº 1 relatif à l'exhaustivité du dossier) et 30 % (pour le critère nº 4). Quant aux autres critères, la grille indiquait un poids de 7 % pour le critère nº 2, de 25 % pour le critère nº 3, de 20 % pour le critère nº 5, de 10 % pour le critère nº 6 et de 8 % pour le critère nº 7.

12. Les jours suivants, les différents membres de la commission d'appel d'offres ont effectué, à titre individuel, un premier examen des offres qui avaient été soumises.

13. Le 22 juin 2006, la commission d'appel d'offres s'est réunie pour la première fois. Avant d'examiner les différentes offres, elle a décidé de modifier la pondération des critères, en ramenant à 25 % le poids du critère nº 4 (précédemment établi à 30 %) et en augmentant à 15 % celui du critère nº 6 (précédemment établi à 10 %). Le poids affecté aux autres critères est resté inchangé. La commission d'appel d'offres est ensuite passée à l'évaluation des offres et à l'attribution du marché, en appliquant la nouvelle pondération qui venait d'être approuvée.

14. La Commission a été saisie d'une plainte d'un soumissionnaire non retenu. Après un échange d'informations avec l'Irlande, la Commission a envoyé une lettre de mise en demeure le 23 octobre 2007 et, à la suite des réponses du gouvernement irlandais, jugées non satisfaisantes, elle a émis un avis motivé le 23 septembre 2008.

III — La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

15. Non satisfaite de la réponse que les autorités irlandaises ont apportée à l'avis motivé, la Commission a introduit le présent recours en manquement le 19 juin 2009.

16. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en assignant une pondération aux critères d'attribution du marché après la date limite de présentation des offres et en modifiant cette pondération à la suite d'un premier examen des offres présentées, l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des

principes d'égalité de traitement et de transparence tels qu'interprétés par la Cour de justice;

— condamner l'Irlande aux dépens.

17. L'Irlande conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours;

— condamner la Commission aux dépens.

IV — Sur le manquement

A — *La nature juridique du marché en cause*

18. Avant d'examiner le manquement reproché, il convient, à titre liminaire, de clarifier la nature du marché lancé par les autorités irlandaises, afin de déterminer le régime juridique qui est applicable à ce marché.

19. Comme nous l'avons évoqué plus haut, il est constant entre les parties que les services mis en adjudication par l'administration irlandaise dans le cadre du présent litige relèvent de l'annexe II B de la directive. Par conséquent, les seules obligations que la directive imposait de manière explicite étaient celles relatives aux spécifications techniques (article 23 de la directive) et à l'avis concernant les résultats de la procédure de passation (article 35, paragraphe 4): sur ces points, la Commission n'a cependant formulé aucun grief à l'encontre de l'Irlande.

20. Toutefois, comme on le sait, le droit de l'Union applicable aux marchés publics n'est pas constitué seulement par les dispositions spécifiques figurant dans les directives arrêtées dans ce domaine. La jurisprudence de la Cour a en particulier toujours insisté sur la nécessité de ne pas perdre de vue, dans ce contexte, l'importance que revêt le droit primaire.

21. En effet, il convient de rappeler que, selon l'enseignement constant de la Cour, la coordination au niveau de l'Union des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre, désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre [5].

5 — Voir, notamment, arrêts du 18 juin 2002, HI (C-92/00, Rec. p. I-5553, point 43), et du 13 novembre 2007, Commission/Irlande (C-507/03, Rec. p. I-9777, point 27).

22. Par conséquent, lorsqu'un marché public présente un intérêt transfrontalier, même seulement potentiel, les normes découlant du traité doivent trouver application [6]. Cette application s'ajoute, bien entendu, à celle d'éventuelles formalités prévues expressément par la réglementation applicable: par exemple, en l'espèce, les obligations relatives aux spécifications techniques et à l'avis concernant le résultat de la procédure de passation.

23. Les obligations découlant à cet égard du droit primaire, et notamment des principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services sont essentiellement au nombre de deux. D'une part, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et le principe d'égalité de traitement. D'autre part, afin de permettre de vérifier que ces principes sont respectés, l'administration est soumise à une obligation de transparence [7].

24. Les parties ne semblent pas être réellement en désaccord sur l'existence des obligations évoquées au point précédent, ni sur le fait que le marché en question présentait un intérêt transfrontalier, comme en attestent tant la décision de publier un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne,* que le fait que certains des soumissionnaires étaient des entreprises non établies en Irlande [8]. La discussion porte sur le point de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, le comportement de l'administration irlandaise a respecté ou non les règles qui viennent d'être indiquées.

B — *Argumentation des parties*

25. Dans sa brève requête, la Commission fait valoir que l'administration irlandaise aurait manqué aux obligations imposées par le droit de l'Union sous deux angles différents, en violant dans les deux cas les principes

6 — La nécessité d'un intérêt transfrontalier n'est pas toujours énoncée de manière claire par la jurisprudence de la Cour qui contient parfois des affirmations semblant impliquer une application inconditionnelle des principes découlant du traité: voir, notamment, arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745, point 60), et ordonnance du 3 décembre 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505, point 20). Dans d'autres décisions, cette exigence est expressément indiquée: voir, notamment, en matière de concessions, arrêts du 21 juillet 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287, point 20), et du 13 avril 2010, Wall (C-91/08, Rec. p. I-2815, point 34). Spécialement sur les services non prioritaires (c'est-à-dire ceux visés à l'annexe II B de la directive), voir arrêt Commission/Irlande (précité à la note 5, point 29). La Commission elle-même a admis la nécessité d'un intérêt transfrontalier dans sa communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» (JO 2006, C 179, p. 2, point 1.3).

7 — La jurisprudence à ce sujet est constante: voir, notamment, arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585, points 47 à 49).

8 — La Commission a du reste argumenté assez longuement en vue d'établir l'existence d'un intérêt transfrontalier du marché en cause: cela, de toute évidence, afin de satisfaire au principe qui lui impose la charge de la preuve sur ce point (voir arrêt Commission/Irlande, précité à la note 5, point 32).

d'égalité de traitement et de transparence établis par la jurisprudence de la Cour.

26. En premier lieu, le comportement des autorités irlandaises serait illicite du fait que la pondération des critères d'attribution du marché n'a été effectuée qu'après l'expiration du délai imparti pour présenter les offres.

27. En second lieu, il aurait été également illégal de modifier cette pondération après avoir effectué un premier examen des offres soumises.

28. La Commission observe en outre que, dans l'invitation à soumissionner adressée aux entreprises postérieurement à l'avis publié au Journal officiel, ne figurait plus l'indication selon laquelle les critères d'attribution n'étaient pas indiqués par ordre décroissant d'importance, de sorte que les participants à la procédure de passation de marché pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que, à ce stade, tel serait précisément l'ordre d'énumération des critères. La pondération n'ayant en revanche pas affecté aux critères un poids en fonction de leur position sur la liste, les autorités irlandaises auraient induit les soumissionnaires en erreur. Au stade de la réplique, la Commission a cependant précisé que la question de l'ordre spécifique d'indication des critères ne constitue pas la base de son recours, qui se fonde par conséquent seulement sur les deux éléments indiqués: la détermination du poids relatif des critères effectuée après l'expiration du délai de présentation des offres et la modification de cette pondération à la suite d'un premier examen des offres par les différents membres de la commission d'appel d'offres.

29. L'Irlande, quant à elle, reconnaît en substance les faits tels qu'exposés par la Commission [9], même si elle nie qu'ils puissent constituer une violation du droit de l'Union.

30. Le gouvernement irlandais souligne en particulier que la modification apportée le 22 juin aux critères a été minimale (une réduction de 5 % du poids attribué au critère n° 4 et une augmentation correspondante de 5 % du poids attribué au critère n° 6), bien loin d'être suffisante pour avantager ou désavantager un candidat par rapport à un autre. En effet, une analyse rétrospective confirmerait que le soumissionnaire retenu aurait obtenu le marché même sur la base des critères tels qu'ils avaient été pondérés initialement.

31. Ce gouvernement estime par conséquent que, en l'absence d'une violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, l'examen du respect du principe de transparence ne s'imposerait pas, puisque

9 — L'accent particulier que le gouvernement irlandais met sur le fait que l'affectation d'un poids aux critères d'attribution a été modifiée *avant* que la commission d'appel d'offres ne commence l'examen des offres ne remet cependant pas en question le fait que les différents membres de cette commission avaient, entre-temps, déjà effectué un premier examen desdites offres *à titre individuel*. Cette circonstance est en effet clairement établie par les documents que la Commission a joints en annexe à sa requête.

la jurisprudence de la Cour considérerait ce dernier principe comme étant seulement accessoire par rapport au premier.

C — *Appréciation*

32. Pour des raisons d'ordre logique et dans un souci de clarté du raisonnement, nous commencerons notre analyse des aspects juridiques de la présente affaire par quelques observations concernant le principe de transparence dans le cadre des marchés publics. Nous passerons ensuite à l'examen des deux griefs avancés par la Commission, pour aborder finalement un aspect que les parties ont, nous semble-t-il, ignoré à tort.

1. Sur le principe de transparence

33. L'Irlande soutient, comme nous l'avons vu, que le principe de transparence en matière de marchés publics a un caractère subsidiaire par rapport aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination: par conséquent, à son avis, une fois établi que ces deux principes n'ont pas été enfreints, il serait superflu d'examiner le respect du principe de transparence.

34. Le raisonnement de l'Irlande ne saurait être partagé.

35. Certes, dans la logique qui inspire la jurisprudence constante en la matière, le principe de transparence a une fonction accessoire par rapport aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Mais ce caractère accessoire n'implique pas une subordination, avec l'effet envisagé par le gouvernement irlandais. Au contraire, l'obligation de transparence est accessoire en ce sens que *son respect permet de s'assurer que les deux autres obligations «principales» ont été respectées*. Si l'administration n'agit pas de manière transparente, il devient difficile, voire impossible, de vérifier si elle a éventuellement violé les obligations d'égalité de traitement et de non-discrimination.

36. En outre, le respect de l'obligation de transparence est une condition préalable indispensable pour garantir que tous les soumissionnaires potentiels soient informés de façon appropriée du marché, de sorte que l'égalité de traitement soit respectée [10].

37. Par conséquent, si les conditions fixées par la jurisprudence pour l'application à un marché public des principes découlant du

10 — Voir arrêt Coname (précité à la note 6, point 17).

droit primaire de l'Union sont réunies, le respect du principe de transparence doit toujours être vérifié. D'un point de vue logique, on pourrait même considérer, à la rigueur, que la vérification du respect de ce principe doit être *préalable* à celle du respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

2. Sur le premier grief de la Commission

38. Par le premier grief, la Commission reproche à l'Irlande, comme nous l'avons vu, le fait d'avoir défini le poids des différents critères d'attribution seulement après l'expiration du délai imparti pour présenter les offres. Cette détermination tardive aurait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence.

39. Ce premier grief ne nous paraît pas pouvoir prospérer, et ce pour les raisons suivantes.

40. En premier lieu, il est incontestable que la directive n'imposait pas d'indiquer à l'avance le poids des critères d'attribution. En effet, ainsi que la Commission elle-même l'admet dans sa requête, l'article 40 de la directive, qui prévoit une obligation de ce type en son paragraphe 5, sous e), n'était pas applicable au marché en cause. D'ailleurs, pour être tout à fait précis, la directive en l'occurrence n'imposait pas non plus l'indication préalable des critères d'attribution, qui a été cependant fournie par les autorités irlandaises.

41. En second lieu, une telle obligation ne saurait non plus se déduire de la jurisprudence. À cet égard, on pourra en particulier se référer par analogie à une décision de la Cour qui, dans une situation entièrement soumise aux directives sur les marchés publics, a reconnu la légalité du comportement d'un pouvoir adjudicateur qui avait pondéré les sous-éléments d'un critère d'attribution *après* la présentation des offres, mais *avant* l'ouverture des enveloppes contenant ces offres [11].

42. À ce stade se pose, naturellement, la question de savoir si l'obligation d'indiquer d'ores et déjà dans l'avis de marché le poids des différents critères d'attribution peut être regardée comme constituant une conséquence naturelle du devoir de respecter les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. Il ne nous semble cependant pas, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour, que tel puisse être le cas.

43. Dans la jurisprudence relative aux marchés auxquels s'appliquent l'ensemble des

11 — Arrêt du 24 novembre 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a. (C-331/04, Rec. p. I-10109, point 32).

dispositions des différentes directives en la matière, l'obligation d'informer au préalable les soumissionnaires des critères d'attribution (obligation, rappelons-le, expressément prévue par les textes dans ces cas de figure) est considérée comme étant l'expression des principes d'égalité de traitement et de transparence [12]. En outre, toujours selon cette même jurisprudence, lesdits principes impliquent l'obligation d'interpréter les critères d'attribution de manière uniforme tout au long de la procédure [13] et l'interdiction de modifier au cours de l'appel d'offres les critères d'attribution [14].

44. Il est clair que, dans la directive, l'obligation d'indiquer à l'avance le poids des critères d'attribution dans les marchés entièrement soumis à l'application de cette directive répond elle aussi à l'exigence de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Toutefois, à notre sens, il faut éviter de considérer automatiquement comme identique la portée que ces principes en question ont dans les marchés soumis à la directive et dans ceux qui n'y sont pas soumis (ou qui, comme en l'occurrence, ne le sont qu'en partie). En effet, si l'on estimait que la transparence imposée aux marchés exclus de l'application de la directive est nécessairement identique à celle imposée aux marchés qui y sont soumis, on ouvrirait les portes pour appliquer de manière détournée la directive à toute une série de cas pour lesquels le législateur a *explicitement* considéré qu'elle ne devait pas s'appliquer. Dans une certaine mesure, en effet, toute la directive a pour fonction de mettre en œuvre les principes fondamentaux du traité [15]: si le seul moyen de mettre en œuvre ces principes en matière de procédures de passation de marchés était celui prévu par la directive, il ne resterait qu'à appliquer celle-ci à tous les cas dans lesquels il existe un intérêt transfrontalier.

45. Généralement, les modalités pratiques pour garantir le respect des principes du traité dans les champs de non-application ou d'application seulement partielle de la directive ne sauraient être définies une fois pour toutes, et doivent être appréciées au cas par cas [16].

46. Or, dans le cas qui nous occupe, l'administration irlandaise a publié un avis de marché, et a énoncé dans cet avis les critères d'attribution, sans toutefois en indiquer le poids relatif. Nous estimons que, au regard des

12 — Arrêts du 25 avril 1996, Commission/Belgique (C-87/94, Rec. p. I-2043, point 88), et du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Rec. p. I-11617, point 98). Il est intéressant de noter que, dans les directives applicables dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts qui viennent d'être cités, il était demandé à l'administration d'indiquer à l'avance le poids des critères d'attribution seulement «si possible», en les énumérant dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée (voir article 30, paragraphe 2, de la directive 93/37/CEE et article 27, paragraphe 2, de la directive 90/531/CEE).

13 — Arrêt du 18 octobre 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725, point 43).

14 — Arrêt du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom (C-448/01, Rec. p. I-14527, point 93).

15 — Voir, par analogie, arrêt du 22 juin 1993, Commission/Danemark (C-243/89, Rec. p. I-3353, point 33).

16 — Voir, notamment, arrêts Telaustria et Telefonadress (précité à la note 6, point 63), ainsi que Parking Brixen (précité à la note 7, point 50).

considérations qui ont été développées dans les points qui précèdent, il n'y a pas eu de violation des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence. Le pouvoir adjudicateur a donné plus d'informations que ce que la directive lui imposait de fournir, et il n'a pas créé d'inégalité entre les soumissionnaires potentiels.

47. Ainsi que la jurisprudence l'a souligné, l'obligation de transparence a, en principe, pour objectif de garantir à tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture effective à la concurrence et un contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication [17]. En l'espèce, le choix d'utiliser le *Journal officiel de l'Union européenne* doit sans aucun doute être considéré comme étant propre à assurer une publicité suffisante à la procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution du marché.

48. Pour ce qui concerne ensuite les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, le fait de pondérer les critères seulement après la présentation des offres n'a créé, en tant que tel, aucune différence de traitement entre les soumissionnaires, qui ont été placés sur un pied d'égalité.

17 — Voir, notamment, arrêt Telaustria et Telefonadress (précité à la note 6, point 62); voir également, par analogie, en matière de concessions de services, arrêts du 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457, point 25), et du 3 juin 2010, Sporting Exchange (C-203/08, Rec. p. I-4695, point 41 et jurisprudence citée).

49. Il convient d'observer par ailleurs que l'appréciation du premier grief avancé par la Commission devrait être différente si le pouvoir adjudicateur avait indiqué dans l'avis de marché les critères d'attribution en les énumérant par ordre décroissant d'importance. Dans ce cas, l'administration aurait modifié le poids des critères au cours de la procédure: en effet, comme nous l'avons vu précédemment, le poids affecté aux critères ne présente en l'occurrence aucun lien avec l'ordre de leur énumération dans l'avis, et les critères les plus importants pour l'attribution du marché étaient ceux indiqués en troisième et en quatrième positions.

50. Si la Commission a suggéré dans la requête que la liste des critères figurant dans l'avis de marché et dans la lettre ultérieure d'invitation à soumissionner était susceptible d'indiquer une énumération par ordre décroissant d'importance, plusieurs éléments contredisent cependant cette thèse.

51. En premier lieu, dans l'avis publié au Journal officiel, il était expressément indiqué que l'ordre des critères ne reflétait pas leur poids relatif.

52. En deuxième lieu, le premier des critères indiqué était celui de l'exhaustivité du dossier présenté. Or, aucun soumissionnaire un tant soit peu avisé n'aurait pu le considérer comme le principal critère d'attribution: en

effet, il semble s'apparenter davantage à une condition d'admission à concourir qu'à un critère d'attribution du marché, et ce n'est pas un hasard s'il a été affecté, ensuite, d'une pondération de 0 % [18].

53. En troisième lieu, au stade de la réplique, la Commission elle-même semble avoir, sinon abandonné, du moins certainement modéré sa position concernant l'ordre décroissant d'importance des critères d'attribution. Ce choix de la Commission nous paraît tout à fait correct, mais il prive en même temps le premier grief du seul soutien solide qu'il puisse avoir.

54. Nous estimons, par conséquent, que le premier grief avancé par la Commission doit être écarté.

3. Sur le second grief de la Commission

55. Par son second grief, la Commission, rappelons-le, soutient que l'Irlande aurait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en modifiant la pondération des critères d'attribution après un premier examen sommaire des offres présentées.

56. Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, les faits sont constants et non contestés. La modification du poids des critères a effectivement eu lieu quelques jours après la première détermination de ce poids. Au moment de la modification, la commission d'appel d'offres n'avait pas encore commencé ses travaux, mais les membres de cette commission avaient pu examiner, à titre individuel, les offres présentées.

57. Le second grief, à la différence du premier, doit être retenu.

58. Nous avons déjà rappelé plus haut que le droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour, considère comme incompatible avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination toute modification des critères d'attribution ayant lieu au cours de la procédure de passation [19]. Or, c'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce.

59. La circonstance que la commission d'appel d'offres a commencé ses travaux, en qualité d'organe collégial, seulement après la modification finale des critères d'attribution, n'enlève rien à cette constatation. L'effet utile

18 — Voir également, à ce propos, points 64 et suiv. des présentes conclusions.

19 — Voir point 43 ci-dessus.

du principe qui commande de ne pas modifier les critères au cours de la procédure de passation serait en effet complètement annulé si l'on ne considérait pas à tous égards comme faisant partie de la procédure une phase au cours de laquelle, avant la réunion de la commission d'appel d'offres, les membres de celle-ci examinent les offres présentées par les soumissionnaires.

60. La circonstance que la première définition du poids des critères a été non pas un acte officiel, mais seulement une sorte de «première proposition» ne fait pas disparaître l'illégalité du comportement du pouvoir adjudicateur. Selon nous, afin de garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires, il est en effet essentiel que le poids des critères d'attribution soit déterminé *avant que les offres ne soient examinées,* fût-ce seulement à titre individuel, par les membres de la commission d'appel d'offres. Les opérations de pondération des critères, d'une part, et d'évaluation des offres, d'autre part, doivent rester strictement séparées. Pour être licite, une éventuelle «réflexion commune» des membres de la commission d'appel d'offres portant sur le poids à accorder aux différents critères aurait dû intervenir avant tout examen des offres.

61. Force est d'écarter également l'argumentation du gouvernement irlandais axée sur le fait que le vainqueur de l'appel d'offres n'aurait pas non plus été différent en appliquant aux différents critères le poids initialement prévu, au lieu de celui résultant de la modification ultérieure.

62. Il convient en effet de rappeler que, selon une jurisprudence constante, dans le cadre des recours en manquement il n'existe aucune condition relative à l'intérêt à agir [20]. Cette procédure a pour objectif de constater l'existence ou non d'une violation du droit de l'Union, et non d'examiner les conséquences découlant d'une telle violation. Par conséquent, la circonstance que la procédure aurait eu la même issue en appliquant aux critères d'attribution le poids qui leur était initialement assigné est sans incidence pour apprécier le bien-fondé ou non du manquement.

63. En conclusion, le second des griefs avancés par la Commission est fondé et doit être retenu.

4. Sur l'éventuelle illégalité de l'attribution d'un poids nul à un critère

64. Un dernier point qui mérite d'être abordé, bien que les parties ne lui aient pas accordé une attention particulière, concerne la possibilité de considérer comme contraire au droit communautaire le fait que l'administration irlandaise, au moment de pondérer les différents critères d'attribution, a affecté un poids

20 — Voir, notamment, arrêt du 2 juin 2005, Commission/Grèce (C-394/02, Rec. p. I-4713, points 14 à 16 et jurisprudence citée).

nul (0 %) à l'un de ces critères. Nous nous référons, à l'évidence, au critère de l'«exhaustivité du dossier présenté».

65. Selon nous, indiquer dans l'avis de marché un critère d'attribution et affecter ensuite à ce critère, après l'expiration du délai de soumission des offres, un poids égal à 0 %, équivaut pleinement à une modification des critères. En effet, le résultat pratique est le même que celui qui serait obtenu en supprimant le critère de la liste: un critère mentionné dans l'avis de marché n'est par la suite pas utilisé pour attribuer le marché. En d'autres termes, les autorités irlandaises ont probablement violé le droit de l'Union en attribuant un poids nul au critère de l'exhaustivité du dossier.

66. En l'espèce, la Cour n'est cependant pas en mesure de prononcer une condamnation pour ce manquement.

67. En premier lieu, on pourrait se demander, comme nous l'avons évoqué plus haut, si le «critère d'attribution» relatif à l'exhaustivité du dossier ne doit pas en réalité être considéré comme une simple condition de participation à la procédure de passation du marché. Par définition, soit la documentation est complète, c'est-à-dire qu'elle répond aux exigences posées par l'appel d'offres, soit elle ne l'est pas. Une situation intermédiaire est difficilement concevable. Toutefois, même si l'on devait estimer que l'exhaustivité de la documentation ne constitue pas un critère d'attribution, il n'en demeure pas moins que, dans l'avis de marché, elle a été présentée comme tel, de sorte que des doutes pourraient en tout état de cause exister quant à la compatibilité avec les principes du traité.

68. En second lieu, il reste cependant que ce manquement n'a pas été reproché par la Commission. En effet, il n'a pas été mentionné de manière explicite et il ne saurait en aucun cas être considéré comme implicite dans le petitum, qui se limite à critiquer, comme nous l'avons vu, la fixation du poids des critères après l'expiration du délai imparti pour présenter les offres et la modification de ce poids effectuée après l'examen des offres réalisé à titre individuel par les membres de la commission d'appel d'offres. De même, le gouvernement irlandais n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cet aspect.

V — Conclusion

69. Au terme de notre analyse, nous suggérons dès lors à la Cour de faire droit au second grief avancé par la Commission. Quant aux dépens, puisque l'Irlande n'a que partiellement succombé, nous suggérons de la condamner, conformément à l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure de la Cour, à supporter la moitié des dépens exposés par la Commission.

70. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de statuer comme suit:

«1) En modifiant le poids affecté aux critères d'attribution d'un marché après un premier examen des offres présentées, l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) L'Irlande est condamnée à la moitié des dépens.

4) La Commission européenne supporte la moitié de ses propres dépens.»