CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN MISCHO

présentées le 13 décembre 2001 [1]

1. Le Korkein hallinto-oikeus (Finlande) (ci-après la «juridiction de renvoi») nous pose trois questions qui concernent l'interprétation des articles 2, paragraphes 1, 2 et 4, et 34, paragraphe 1, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications [2], ainsi que de l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [3].

I — Le cadre juridique

La réglementation communautaire

La directive 92/50

2. L'article 1er de la directive 92/50 dispose:

«Aux fins de la présente directive:

a) les '*marchés publics de services*' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion:

[...]

ii) des marchés qui sont passés dans les domaines mentionnés aux articles 2, 7, 8 et 9 de la directive 90/531/CEE et des marchés qui répondent aux conditions de l'article 6 paragraphe 2 de la même directive;

[...]»

1 — Langue originale: le français.
2 — JO L 199, p. 84.
3 — JO L 209, p. 1.

3. L'article 36 de la directive 92/50, intitulé «Critères d'attribution du marché», est libellé dans les termes suivants:

«1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés peuvent être:

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables selon le marché en question: par exemple, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, le prix;

b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Lorsque le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur indique, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, les critères d'attribution dont il prévoit l'application, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée.»

La directive 93/38

4. La directive 93/38 prévoit à son article 2:

«1. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2;

b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs publics ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées au paragraphe 2, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.

2. Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes:

[...]

c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service;

[...]

4. La fourniture au public d'un service de transport par autobus n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 2 point c), lorsque d'autres entités peuvent librement fournir ce service, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique, dans les mêmes conditions que les entités adjudicatrices.

[...]»

5. Aux termes de l'article 34 de la directive 93/38:

«1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont:

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix;

b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Dans le cas prévu au paragraphe 1 point a), les entités adjudicatrices mentionnent, dans les cahiers des charges ou dans

l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont elles prévoient l'application, si possible dans l'ordre décroissant d'importance.

[...]»

6. L'article 45, paragraphes 3 et 4, de la directive 93/38 prévoit:

«3. La directive 90/531/CEE ne produit plus d'effets à partir de la date de mise en application de la présente directive par les États membres et cela sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais visés à l'article 37 de ladite directive.

4. Les références faites à la directive 90/531/CEE s'entendent comme faites à la présente directive.»

La réglementation nationale

7. Les directives 92/50 et 93/38 ont été transposées en Finlande, d'une part, par la julkisista hankinnoista annettu laki 1505/1992 (loi sur les marchés publics), telle que modifiée par les lois 1523/1994 et 725/1995 (ci-après la «loi 1505/1992») et, d'autre part, par les décrets 243/1995 sur les marchés de biens et de services et les marchés forfaitaires de construction supérieurs à un certain plafond et 567/1994 sur les marchés des collectivités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications supérieurs à un certain plafond, tel que modifié par le décret 244/1995 (ci-après le «décret 567/1994»).

8. L'article 4, paragraphe 1, du décret 243/1995 exclut de son champ d'application les achats auxquels s'applique le décret 567/1994. L'article 1er, paragraphe 10, du décret 567/1994 exclut de son champ d'application les achats auxquels s'applique le décret 243/1995.

9. L'article 43 du décret 243/95 dispose:

«1. L'entité adjudicatrice doit accepter soit l'offre qui, conformément aux critères d'appréciation du marché proposé, est globalement la plus avantageuse du point de vue économique, soit l'offre la moins chère. Les critères de l'appréciation économique globale peuvent être, par exemple, le prix, le délai de livraison ou de production, les frais de fonctionnement, la qualité, les coûts prévisibles pendant la durée de vie du bien, les caractéristiques esthétiques ou

fonctionnelles, les avantages techniques, les services de maintenance, la sécurité d'approvisionnement, le soutien technique et les considérations environnementales.

[...]»

10. De même, l'article 21, paragraphe 1, du décret 567/1994 prévoit que l'entité adjudicatrice doit choisir, entre toutes les offres, celle qui est la plus avantageuse sur le plan économique global, en fonction des critères d'appréciation du bien, du service ou du forfait proposé, ou l'offre la moins chère. Les critères d'appréciation utilisés aux fins de l'évaluation économique globale peuvent être, par exemple, le prix, le délai de livraison, les frais de fonctionnement, les coûts prévisibles pendant la durée de vie du bien, la qualité, les caractéristiques écologiques, esthétiques ou fonctionnelles, les avantages techniques, les services de maintenance et le soutien technique.

II — Le litige au principal

L'organisation des services de transport par autobus dans la ville d'Helsinki

11. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que le conseil municipal d'Helsinki a décidé, le 27 août 1997, de soumettre progressivement à adjudication l'ensemble du réseau d'autobus urbains de la ville d'Helsinki, de manière à ce que la première ligne attribuée commence à fonctionner au début du service d'automne de l'année 1998.

12. En vertu de la réglementation relative aux transports en commun de la ville d'Helsinki, la responsabilité de la planification, du développement, de la réalisation, de l'organisation en général ainsi que de la tutelle de ces transports en commun est confiée, sauf disposition contraire, à la joukkoliikennelautakunta (commission des transports en commun) et à la Helsingin kaupungin liikennelaitos (entreprise de transports de la ville d'Helsinki, ci-après l'«entreprise de transports»), qui lui est subordonnée.

13. Selon la réglementation applicable, c'est à la commission des services marchands de la ville d'Helsinki qu'il revient de statuer sur l'adjudication des services urbains de transports en commun en fonction des objectifs approuvés par le conseil municipal d'Helsinki et la commission des transports en commun. En outre, l'office d'approvisionnement de la ville d'Helsinki est chargé de l'exécution des opérations relatives aux marchés de transports en commun urbains.

14. Quant à l'entreprise de transports, elle est une entreprise commerciale municipale

qui, d'un point de vue fonctionnel et économique, est divisée en unités de production selon les divers modes de transport (autobus, tramways, métro, voies et immeubles). L'unité de production concernant les autobus est HKL-Bussiliikenne (ci-après «HKL»). L'entreprise de transports comprend également une unité principale de groupe, constituée d'une unité de planification et d'une unité administrative et économique. L'unité de planification joue le rôle d'un donneur d'ordres qui prépare les propositions, à présenter à la commission des transports en commun, concernant les lignes à soumettre à l'adjudication et le niveau des services requis. Les unités de production sont distinctes du reste de l'entreprise de transports sur le plan économique et possèdent des comptabilités et des bilans séparés.

La procédure d'appel d'offres litigieuse

15. Par lettre du 1er septembre 1997 et par un avis publié dans la partie «marchés publics» du journal officiel du 4 septembre 1997, l'office d'approvisionnement a sollicité des offres pour la gestion du réseau d'autobus urbain de la ville d'Helsinki, selon des itinéraires et des horaires précisés dans un document comportant sept lots. Le litige au principal concerne le lot n° 6 de cet avis de marché relatif à la ligne n° 62.

16. Il ressort du dossier que, selon ledit avis de marché, l'adjudicataire serait l'entreprise qui ferait l'offre la plus avantageuse pour la municipalité sur le plan économique global. Cette appréciation devait tenir compte de trois catégories de critères, à savoir: le prix global demandé pour l'exploitation, la qualité du matériel (autobus) et la gestion par l'entrepreneur de la qualité et de l'environnement.

17. En ce qui concerne, d'abord, le prix global demandé, l'offre la plus intéressante devait obtenir 86 points et le nombre de points des autres offres était calculé selon la formule suivante: Nombre de points = coût de l'indemnité d'exploitation annuelle de l'offre la plus intéressante divisée par l'offre considérée et multiplié par 86.

18. Ensuite, quant à la qualité du matériel, des points supplémentaires seraient attribués notamment pour l'utilisation des autobus ayant, d'une part, des émissions d'oxyde azotique inférieures à 4g/KWh (+ 2,5 points/bus) ou inférieures à 2g/KWh (+ 3,5 points/bus) et, d'autre part, un niveau sonore inférieur à 77 dB (+ 1 point/bus).

19. En ce qui concerne, enfin, l'organisation de l'entrepreneur en matière de qualité et d'environnement, des points supplémentaires devaient être accordés pour un ensemble de critères qualitatifs attestés par une certification et pour un programme d'environnement également attesté par une certification.

20. L'office d'approvisionnement a reçu huit offres concernant le lot n° 6, dont celles de HKL et de Swebus Finland Oy Ab, devenue ultérieurement Stagecoach Finland Oy Ab et ensuite Concordia Bus Finland Oy Ab (ci-après «Concordia»). L'offre de cette dernière comportait deux propositions alternatives, désignées par A et B.

21. La commission des services marchands a décidé le 12 février 1998 de choisir HKL comme exploitant de la ligne visée au lot n° 6, son offre ayant été considérée globalement comme la plus avantageuse sur le plan économique. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que Concordia avait fait l'offre la moins chère, obtenant 81,44 points pour sa proposition A et 86 points pour sa proposition B. HKL avait obtenu 85,75 points. En ce qui concerne le matériel, c'est HKL qui avait obtenu le plus de points, soit 2,94, Concordia ayant obtenu 0,77 point pour sa proposition A et -1,44 points pour sa proposition B. Les 2,94 points obtenus par HKL à ce titre comportaient des majorations maximales pour une émission d'oxyde azotique inférieure à 2 g/KWh ainsi que pour un niveau sonore extérieur inférieur à 77 dB. Concordia n'avait pas obtenu de points supplémentaires au titre des critères relatifs aux émissions d'oxyde azotique et au niveau sonore. HKL et Concordia avaient obtenu le maximum de points pour leurs certificats en matière de qualité et d'environnement. Dans ces conditions, ce fut HKL qui obtint globalement le plus de points, soit 92,69. Concordia fut placée au deuxième rang, ayant obtenu 86,21 points pour sa proposition A et 88,56 points pour sa proposition B.

Le déroulement de la procédure devant les juridictions nationales

22. Concordia a formé un recours en annulation de cette décision de la commission des services marchands devant le Kilpailuneuvosto (conseil de la concurrence) (Finlande) en faisant, notamment, valoir que l'attribution des points supplémentaires à un matériel dont les émissions d'oxyde azotique et le niveau sonore sont inférieurs à certaines limites est inéquitable et discriminatoire. Selon Concordia, des points supplémentaires ont été attribués pour l'utilisation d'un type d'autobus qu'un seul soumissionnaire, à savoir HKL, avait, en réalité, la possibilité de proposer.

23. Le Kilpailuneuvosto a rejeté ce recours. Il a considéré que l'entité adjudicatrice a le droit de définir le type de matériel qu'elle souhaite. La fixation des critères de choix et de leur pondération devrait toutefois se faire de façon objective, en tenant compte des besoins de l'entité adjudicatrice et de la qualité du service. Le cas échéant, l'entité adjudicatrice devrait être en état de justifier le bien-fondé du choix et de l'application de ses critères d'appréciation.

24. Ladite juridiction a relevé que la décision de la ville d'Helsinki de donner la préférence aux autobus peu polluants relève de la politique écologique, qui vise à réduire les nuisances pour l'environnement que comporte la circulation des bus.

Cela ne constituerait pas un vice de procédure. Si ce critère était appliqué de façon non équitable envers un concurrent, une intervention serait possible. Toutefois, le Kilpailuneuvosto a constaté que tous les concurrents avaient la faculté, s'ils le souhaitaient, d'acquérir des bus fonctionnant au gaz naturel. Il a donc conclu qu'il n'a pas été apporté la preuve de ce que le critère en question aurait été discriminatoire envers le demandeur.

25. Concordia a saisi la juridiction de renvoi d'un pourvoi visant à obtenir l'annulation de la décision du Kilpailuneuvosto. Selon Concordia, l'attribution de points supplémentaires aux bus les moins polluants et les moins bruyants favorisait HKL, seule entreprise soumissionnaire qui avait, en pratique, la faculté d'utiliser un matériel susceptible d'obtenir ces points. En outre, elle a fait valoir que, dans le cadre de l'appréciation globale des offres, il ne saurait être question de tenir compte de ces facteurs écologiques qui n'ont aucun rapport direct avec l'objet de l'appel d'offres.

26. Dans son ordonnance de renvoi, la juridiction de renvoi relève d'abord que, afin de déterminer si c'est le décret 243/1995 ou le décret 567/1994 qui est applicable au cas d'espèce, il convient de rechercher si le marché en cause au principal relève du champ d'application de la directive 92/50 ou de celui de la directive 93/38. À cet égard, elle constate que l'annexe VII de la directive 93/38 fait mention, pour la république de Finlande, tant des entités publiques ou privées qui gèrent les services d'autobus sous le régime de la laki luvanvaraisesta henkilöliikentestä tiellä (loi sur les transports de personnes par route soumis à autorisation) que de l'entreprise de transports de la ville d'Helsinki qui gère le métro et le réseau de tramways.

27. La juridiction de renvoi relève ensuite que l'examen de l'affaire requiert également l'interprétation de dispositions du droit communautaire, aux fins de savoir si une municipalité, lorsqu'elle attribue un marché tel que celui en cause au principal, est en droit de tenir compte de considérations écologiques concernant le matériel proposé. En effet, si les arguments de Concordia quant aux points attribués en vertu des critères d'environnement ainsi qu'à d'autres titres étaient admis, cela signifierait que le nombre de points obtenus par son offre B dépassait celui obtenu par HKL.

28. La juridiction de renvoi observe, à cet égard, que les articles 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 et 34, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38 ne mentionnent pas les questions d'environnement dans la liste des critères de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Or, dans ses arrêts Beentjes, Evans Medical et Macfarlan Smith [4], la Cour aurait dit pour droit que le pouvoir adjudicateur est libre, pour

4 — Arrêts du 20 septembre 1988 (31/87, Rec. p. 4635), et du 28 mars 1995 (C-324/93, Rec. p. I-563).

déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, de choisir les critères d'attribution du marché. Néanmoins, ce choix ne pourrait porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

29. La juridiction de renvoi se réfère enfin à la communication de la Commission, du 11 mars 1998, intitulée «Les marchés publics dans l'Union européenne» [COM(1998) 143 final], dans laquelle la Commission a soutenu qu'il est licite de tenir compte de considérations d'environnement aux fins de choisir l'offre la plus avantageuse sur le plan économique global, dans la mesure où l'organisateur de l'appel d'offres tire lui-même un avantage direct des propriétés écologiques du produit.

III — Les questions préjudicielles

30. La juridiction de renvoi a donc décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les dispositions relatives au champ d'application de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199 du 9 août 1993, p. 84), et, en particulier, son article 2, paragraphes 1, sous a), 2, sous c), et 4, sont-elles à interpréter en ce sens que ladite directive trouve application à la procédure suivie par une municipalité, en tant qu'entité adjudicatrice, dans le cadre d'un marché relatif à l'exploitation d'un service d'autobus urbains, dès lors que:

— la municipalité a la charge, sur son territoire, de la planification, du développement, de l'exécution et de l'organisation en général, ainsi que de la tutelle, des transports en commun,

— la municipalité dispose, en vue d'effectuer les tâches précitées, d'une commission des transports en commun et d'une entreprise municipale de transports qui est subordonnée à cette commission,

— l'entreprise municipale de transports possède une unité de planification, agissant en tant que donneur d'ordres, qui prépare à l'intention de la commission des transports en commun des propositions portant sur les lignes à mettre au concours et sur le niveau de qualité de service à exiger, et

— l'entreprise municipale de transports dispose d'unités de production, distinctes sur le plan économique du reste de l'entreprise et, entre autres, d'une unité qui est spécialisée dans le transport par autobus et participe à des appels d'offres y relatifs?

2) La réglementation communautaire relative aux marchés publics, et en particulier l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics (JO L 209 du 24 juillet 1992, p. 1) ou la disposition similaire (article 34, paragraphe 1) de la directive 93/38/CEE, est-elle à interpréter en ce sens qu'une municipalité qui organise, en tant qu'entité adjudicatrice, un appel d'offres portant sur l'exploitation d'un service d'autobus urbains, peut intégrer, parmi les critères du marché à conclure sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, outre le prix proposé, la gestion écologique et qualitative de l'exploitant ou plusieurs autres caractéristiques du matériel, également la réduction des émissions d'oxyde azotique ou du niveau sonore, selon les modalités figurant dans l'appel d'offres, de sorte que, si les émissions d'oxyde azotique ou le niveau sonore de certains véhicules sont inférieurs à un certain plafond, des points supplémentaires peuvent être attribués aux fins de la comparaison des offres?

3) Si la réponse à la question précédente est affirmative: les règles du droit communautaire relatives aux marchés publics sont-elles à interpréter en ce sens que l'attribution de points supplémentaires au titre des propriétés susmentionnées du matériel en matière d'émissions d'oxyde azotique ou de niveau sonore est néanmoins interdite dès lors qu'il apparaît d'emblée que la propre entreprise de transports de la ville organisatrice de l'appel d'offres, qui gère le réseau de bus, a la possibilité de proposer un matériel qui satisfasse les conditions imposées, possibilité que, en raison des circonstances, seules de rares entreprises du secteur ont par ailleurs?»

IV — Analyse

La première question préjudicielle

31. Par sa première question, la juridiction de renvoi nous demande, en substance, si la directive 93/38 doit être interprétée de sorte qu'elle s'applique à un contexte factuel tel que celui décrit dans l'ordonnance de renvoi. La réponse que nous formulerons à cette question devrait lui permettre de savoir laquelle des directives 93/38 ou 92/50 s'applique dans le cadre du litige au principal.

Observation préliminaire

32. Sans soulever un moyen d'irrecevabilité proprement dit, certaines parties intervenantes, dont Concordia et le gouvernement néerlandais, estiment que la première question est sans incidence sur la réponse aux deuxième et troisième questions. Selon elles, les dispositions sur lesquelles la juridiction de renvoi interroge la Cour dans ses deuxième et troisième questions sont quasiment identiques dans les deux directives. Il ne serait alors pas nécessaire de déterminer auparavant laquelle des deux directives s'applique.

33. Or, il me paraît utile de rappeler qu'il appartient, en principe, au seul juge national d'apprécier tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'elle pose à la Cour. Le refus de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que 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 ont été posées [5].

5 — Arrêt du 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099, points 38 et 39).

34. De telles circonstances exceptionnelles ne sont pas présentes en l'espèce. Au contraire, la juridiction de renvoi établit clairement le lien entre sa première question et le litige au principal en indiquant que «[a]fin de déterminer si les décrets 243 ou 567 sont applicables au cas d'espèce, il convient de demander aussi à la Cour de justice si le marché dont il s'agit ici relève du champ d'application des directives 92/50 ou 93/38 [...]» Je suis donc d'avis qu'il nous appartient de répondre à la première question posée par la juridiction de renvoi.

Position des intervenants

35. La *ville d'Helsinki*, les *gouvernements finlandais*, *hellénique* et *autrichien* estiment que la directive 93/38 est applicable. Leur argumentation revient, en substance, à dire que l'entreprise de transports fait partie du «système» de la ville d'Helsinki. La ville d'Helsinki, y compris son entreprise de transports, étant le «pouvoir public» visé à l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38, qui exerce une activité visée au paragraphe 2, sous c), du même article, ladite directive serait d'application.

36. Ils ajoutent que l'article 2, paragraphe 4, de la directive 93/38 ne contredit pas cette conclusion. En effet, selon eux, cette disposition ne serait pas d'application parce

qu'il ne résulte pas de l'ordonnance de renvoi que d'autres entités pouvaient librement fournir le service de transport par autobus dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

37. En revanche, *Concordia* et la *Commission* estiment que la directive 92/50 est d'application. La Commission relève qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi que la ville d'Helsinki, ses commissions ou son office d'approvisionnement n'assuraient pas l'exploitation de réseaux destinés à fournir au public des services de transports, mais que c'étaient les unités de production de l'entreprise de transports qui exploitaient des réseaux destinés à fournir au public des services de transport. Or, ces unités, distinctes du reste de l'entreprise de transports, ne seraient pas des entités adjudicatrices dans le cadre du marché en cause au principal.

38. Les *gouvernements néerlandais* et *suédois* ne prennent pas position sur la première question.

39. Le *gouvernement du Royaume-Uni* estime qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer, en tenant compte de l'article 2 de la directive 93/38, laquelle des deux directives est applicable.

Appréciation

40. La première question nous amène à examiner le champ d'application de la directive 93/38.

41. L'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38 prévoit que celle-ci s'applique aux entités adjudicatrices «qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2».

42. En l'espèce, il résulte de l'ordonnance de renvoi que c'est la commission des services marchands de la ville d'Helsinki qui avait la charge de statuer sur l'adjudication des services urbains de transports en commun. L'entité adjudicatrice dans l'affaire au principal est donc incontestablement un «pouvoir public» au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38.

43. Pour que la directive 93/38 s'applique, il est, en outre, nécessaire que ce pouvoir public exerce «une des activités visées au paragraphe 2». L'activité qui nous intéresse dans la présente affaire est celle qui est définie à l'article 2, paragraphe 2, sous c), à savoir «l'exploitation de réseaux destinés à

fournir un service au public dans le domaine du transport par [...] autobus [...]». La disposition définit ensuite, dans son deuxième alinéa, la notion de réseau de la façon suivante: «En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service».

44. Il en résulte, selon moi, que la directive 93/38 s'applique au pouvoir public qui exploite un réseau et qui, dans ce cadre, envisage de conclure un marché. En revanche, je suis d'avis que la directive 93/38 ne s'applique pas si une entité adjudicatrice organise un appel d'offres ayant pour objet de confier à d'autres l'exploitation même de ce réseau.

45. Le gouvernement autrichien, qui estime que la directive 93/38 s'applique parce que «[l]'exploitation d'un réseau public d'autobus constitue sans aucun doute la prestation d'un service dans le domaine du transport au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive [93/38]» et qui constate que «[d]'après l'ordonnance de renvoi [...], c'est l'exploitation d'un réseau de ce type qui faisait l'objet de la procédure d'appel d'offres», me paraît soutenir la thèse selon laquelle la directive 93/38 s'applique parce que l'exploitation du réseau a fait l'objet de l'appel d'offres litigieux.

46. Je suis, cependant, d'avis qu'une telle interprétation du champ d'application de la directive 93/38 ne trouve pas de support dans le texte de celle-ci.

47. En effet, il résulte de l'article 2, paragraphe 1, que la directive 93/38 ne s'applique que si l'entité adjudicatrice *exerce une activité*, dans notre cas celle de «l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par [...] autobus [...]». Ainsi qu'il résulte de l'article 2, paragraphe 4, cette activité équivaut, toujours dans notre cas, à «[l]a fourniture au public d'un service de transport par autobus».

48. Or, les termes «exploitation» et «fourniture» indiquent que l'entité adjudicatrice doit elle-même offrir le service par autobus. Il ne suffit donc pas que l'entité adjudicatrice, pour que l'on puisse considérer qu'elle exploite un réseau, définisse, par exemple, l'itinéraire à suivre ou la fréquence du service. En effet, il résulte de l'article 2, paragraphe 2, sous c), deuxième alinéa, que fixer les conditions relatives aux itinéraires à suivre etc., n'équivaut pas à exploiter un réseau, mais seulement à le constituer ou à le définir. Autrement dit, *exploiter* le réseau signifie le faire fonctionner soi-même à l'aide, en principe, de son propre personnel et de ses propres autobus.

49. Il s'ensuit donc que la directive s'applique si l'entité adjudicatrice exploite elle-

même un réseau d'autobus et lance, dans l'exercice de cette activité, un appel d'offres, par exemple, pour l'achat d'autobus [6]. En revanche, si une entité adjudicatrice lance un appel d'offres ayant pour objet de *remettre à un tiers l'exploitation* d'un réseau, elle n'agit pas dans le cadre de l'exercice d'une activité consistant à exploiter un réseau.

50. Cette interprétation trouve une confirmation non seulement dans l'article 2 de la directive 93/38, mais également dans la liste des services qui peuvent faire l'objet d'un appel d'offres régi par cette même directive. À cet égard, les articles 15 et 16 de la directive se réfèrent aux annexes XVI A et XVI B. Les services qui y sont énumérés de façon détaillée sont des services qui sont clairement destinés à soutenir l'activité exercée par l'entité adjudicatrice et telle que définie à l'article 2, paragraphe 2, de la directive. En revanche, on y chercherait en vain un service qui ressemble à celui qui a fait l'objet de l'appel d'offres litigieux, à savoir l'exploitation elle-même d'un réseau d'autobus.

51. En outre, je suis d'avis qu'il n'est pas permis de donner une interprétation extensive à la directive 93/38 afin d'inclure, dans son champ d'application, un appel d'offres ayant pour objet l'activité décrite à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive.

52. En effet, la directive 93/38 constitue une exception aux règles générales qui, pour les marchés de services, sont fixées par la directive 92/50. Cela est confirmé par l'arrêt Telaustria et Telefonadress [7], dans lequel la Cour a jugé, au point 33, que «lorsqu'un marché est visé par la directive 93/38, régissant un secteur spécifique de services, les dispositions de la directive 92/50, qui ont vocation à s'appliquer aux services en général, ne sont pas applicables».

53. Or, il est de jurisprudence constante qu'une exception appelle une interprétation stricte [8], ce qui signifie, en l'espèce, que l'on ne saurait retenir une interprétation extensive du champ d'application de la directive 93/38.

54. Un appel d'offres ayant pour objet de remettre à un tiers l'exploitation d'un réseau d'autobus n'est donc pas couvert par la directive 93/38. En revanche, il est couvert par la directive 92/50, si toutes les conditions que définit celle-ci sont remplies.

6 — Voir, à cet égard, arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique (C-87/94, Rec. p. I-2043). Dans cette affaire, la société régionale wallonne du transport, en tant qu'entreprise publique exploitant un réseau destiné à fournir un service au public dans le domaine du transport par autobus, avait, sur le fondement de la directive 90/531 qui a ensuite été remplacée par la directive 93/38, lancé un appel d'offres en vue de la passation d'un marché public de fournitures portant sur 307 véhicules standard.

7 — Arrêt du 7 décembre 2000 (C-324/98, Rec. p. I-10745).

8 — Arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, point 48.

55. Cette précision ne fournit, cependant, pas encore la réponse à la première question posée par la juridiction de renvoi. En effet, comme je l'ai indiqué ci-dessus, plusieurs parties intervenantes se réfèrent non pas à l'objet de l'appel d'offres, mais au fait que l'entreprise de transport (dont HKL constitue une unité) fait partie du «système» de la ville d'Helsinki. Elles en déduisent que, dans la mesure où une ligne serait adjugée à HKL, la ville d'Helsinki exercerait une activité d'exploitation d'un réseau d'autobus au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38 et que, dès lors, cette directive s'appliquerait.

56. Or, cet argument ne saurait pas davantage être accueilli.

57. Il convient de constater, d'abord, que la juridiction de renvoi nous interroge sur la directive applicable à un marché public de services déterminé. Elle part donc manifestement du présupposé que l'on est bien en présence d'un marché public et il ne nous appartient pas de mettre en doute cette appréciation.

58. Or l'essence même d'un marché public de services, que ce soit un marché régi par la directive 92/50 ou par la directive 93/38, consiste dans le fait qu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre une entité adjudicatrice (ou un pouvoir adjudicateur), d'une part, et un prestataire de services, d'autre part [9].

59. Dès lors, sous peine de méconnaître cette caractéristique essentielle d'un marché public, nous devons considérer HKL comme constituant une entité distincte de la ville d'Helsinki. Ce serait, en effet, la négation même d'un marché public de considérer que la ville d'Helsinki était en même temps l'entité adjudicatrice et le prestataire de services.

60. Dès lors, si la ville d'Helsinki est, par sa commission des services marchands, l'entité adjudicatrice, HKL ne peut, par définition, l'être. De même, si HKL est le prestataire de services exploitant le réseau d'autobus, la ville d'Helsinki ne peut, par définition, le faire elle-même. La ville d'Helsinki n'exerçant donc pas l'activité consistant à exploiter un réseau d'autobus, tel qu'exigé par l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 93/38, il convient de conclure que cette directive ne s'applique pas.

61. Nous proposons donc de répondre à la première question que les dispositions relatives au champ d'application de la directive 93/38 et, en particulier, son article 2,

9 — Voir articles 1er, sous a), de la directive 92/50 et 1er, paragraphe 4, de la directive 93/38.

paragraphes 1, sous a), 2, sous c), et 4, ne sont pas à interpréter en ce sens que ladite directive trouve application à la procédure suivie par une municipalité, en tant qu'entité adjudicatrice, dans le cadre d'un marché relatif à l'exploitation d'un service d'autobus urbains, dès lors que:

— la municipalité a la charge, sur son territoire, de la planification, du développement, de l'exécution et de l'organisation en général, ainsi que de la tutelle, des transports en commun,

— la municipalité dispose, en vue d'effectuer les tâches précitées, d'une commission des transports en commun et d'une entreprise municipale de transports qui est subordonnée à cette commission,

— l'entreprise municipale de transports possède une unité de planification, agissant en tant que donneur d'ordres, qui prépare à l'intention de la commission des transports en commun des propositions portant sur les lignes à mettre au concours et sur le niveau de qualité de service à exiger, et

— l'entreprise municipale de transports dispose d'unités de production, distinctes sur le plan économique du reste de l'entreprise et, entre autres, d'une unité qui est spécialisée dans le transport par autobus et participe à des appels d'offres y relatifs.

La deuxième question préjudicielle

62. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50 ou l'article 34, paragraphe 1, de la directive 93/38 permettent d'intégrer, parmi les critères du marché à conclure sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse, la réduction des émissions d'oxyde azotique ou du niveau sonore de sorte que, si les émissions d'oxyde azotique ou le niveau sonore de certains véhicules sont inférieurs à un certain plafond, des points supplémentaires peuvent être attribués aux fins de la comparaison des offres.

Position des intervenants

63. *Concordia* estime que, dans une procédure de marché public, les critères de décision doivent toujours être, selon le libellé de la directive 92/50, économiques par nature. Si l'objectif du pouvoir adjudi-

cateur était de satisfaire des considérations d'ordre écologique ou autre, il y aurait lieu de recourir à une autre procédure que celle de l'appel d'offres public.

64. En revanche, *tous les autres intervenants* soutiennent qu'il est permis d'intégrer des critères d'ordre écologique parmi les critères d'attribution d'un marché. Ils se réfèrent, notamment, au fait que l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50 et l'article 34, paragraphe 1, de la directive 93/38 n'énumèrent qu'à titre d'exemple des éléments que l'entité adjudicatrice peut prendre en considération lorsqu'elle attribue un marché, à l'article 6 CE qui exigerait l'intégration de la politique écologique dans les autres politiques de la Communauté et aux arrêts Beentjes et Evans Medical et Macfarlan Smith, précités, qui permettraient de choisir les critères que l'entité adjudicatrice considère comme pertinents lorsqu'elle procède à l'appréciation des offres soumises.

65. Les différentes prises de position ne mettent cependant pas toutes l'accent sur les mêmes considérations.

66. Ainsi, la *ville d'Helsinki*, soutenue par le *gouvernement finlandais*, relève qu'il est de son intérêt et de l'intérêt de ses habitants que les émanations nocives soient limitées le plus possible. En effet, pour la ville d'Helsinki elle-même, qui est responsable de la protection de l'environnement sur son territoire, il en découlerait des économies directes, en particulier dans le secteur médico-social, qui représenterait environ 50 % de son budget global. Les facteurs qui contribuent, même de façon modeste, à améliorer l'état de santé global de la population permettraient de réduire ces coûts rapidement et dans des proportions considérables.

67. Le *gouvernement hellénique* ajoute que le pouvoir d'appréciation conféré aux autorités nationales, quant aux choix des critères d'attribution des marchés publics, suppose que ce choix ne soit pas arbitraire et que les critères pris en considération ne violent pas des dispositions du traité et notamment des principes fondamentaux de celui-ci, comme le droit d'établissement, la libre prestation des services et l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité.

68. Le *gouvernement néerlandais* précise que les critères d'attribution appliqués par le pouvoir adjudicateur doivent toujours présenter une dimension économique. Il estime, cependant, que cette condition est remplie en l'espèce, la ville d'Helsinki étant à la fois le pouvoir adjudicateur et l'organisme responsable financièrement de la politique de l'environnement.

69. Le *gouvernement autrichien* estime que les directives relatives à la passation de

marchés publics poseraient deux restrictions essentielles aux choix de critères d'appréciation. D'une part, les critères choisis par l'entité adjudicatrice doivent être en rapport avec le marché à attribuer et permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'entité adjudicatrice. D'autre part, les critères dégagés doivent être susceptibles d'orienter le pouvoir d'appréciation reconnu à l'entité adjudicatrice sur une base objective et ne doivent pas comporter d'éléments de choix arbitraire.

70. En outre, selon le gouvernement autrichien, les critères d'attribution doivent avoir trait directement à l'objet du marché, avoir des effets objectivement mesurables et être quantifiables sur le plan économique.

71. Dans le même sens, le *gouvernement suédois* soutient que le choix dont dispose l'entité adjudicatrice est limité, dans la mesure où les critères d'attribution doivent être en rapport avec le marché à attribuer et appropriés pour déterminer l'offre la plus avantageuse d'un point de vue économique. Il ajoute que ces critères doivent également être conformes aux règles du traité sur la libre circulation des marchandises et des services.

72. Selon le *gouvernement du Royaume-Uni*, les dispositions des articles 36, paragraphe 1, de la directive 92/50 et 34, paragraphe 1, de la directive 93/38 doivent être interprétées en ce sens que, dans l'organisation d'une procédure d'attribution pour l'exploitation de services de transport par bus, une autorité ou une entité adjudicatrice peut, entre autres critères d'attribution du contrat, prendre en considération des critères environnementaux pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, pour autant que ces critères permettent une comparaison de toutes les offres et soient liés aux services demandés et aient été publiés à l'avance.

73. Enfin, la *Commission* estime que les critères d'attribution qui peuvent être pris en considération pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse doivent remplir quatre conditions. Ces critères doivent être:

— objectifs,

— applicables à toutes les offres,

— strictement liés à l'objet du marché, et

— comporter un avantage économique au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur.

Appréciation

74. Afin de répondre à la deuxième question, il convient, en premier lieu, d'examiner le texte de la directive 92/50, que nous considérons comme applicable en l'espèce.

75. En vertu de l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, «[...] les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés peuvent être [...], lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables selon le marché en question: *par exemple* [10], la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, le prix».

76. La ville d'Helsinki fait valoir que les critères relatifs aux émissions d'oxyde d'azote et aux émissions sonores entrent dans les catégories «qualité» et «valeur technique» expressément mentionnées par les dispositions précitées. La Commission se réfère, dans le texte même de la réponse qu'elle propose pour la deuxième question, à «certaines caractéristiques du matériel».

77. À mon avis, il est tout à fait correct de voir le problème sous cet angle. Les critères d'émission sont indissolublement liés à la configuration du matériel avec lequel la ville d'Helsinki souhaite voir assuré le service des autobus. On ne saurait interdire à un pouvoir adjudicateur de prescrire l'utilisation de matériel qui correspond aux meilleures techniques disponibles («state of the art»), même s'il attache surtout de l'importance à l'une des qualités de ce matériel, à savoir ses caractéristiques en matière d'émissions de gaz et de bruit des moteurs.

78. D'une façon plus générale, il y a lieu de remarquer que, si la ville d'Helsinki avait directement précisé dans l'appel d'offres que l'exploitation du réseau devait être effectuée exclusivement à l'aide d'autobus fonctionnant au gaz, il se serait agi d'une «prescription technique» concernant les «caractéristiques des services faisant l'objet du marché», au sens du livre vert de la Commission de 1996, cité par celle-ci [11].

79. La Commission cite également sa communication sur «Les marchés publics dans l'Union européenne» [12], où elle avait précisé que:

«D'une manière générale, toute administration qui le désire peut, lors de la

10 — Souligné par l'auteur.

11 — Les marchés publics dans l'Union européenne: pistes de réflexion pour l'avenir [COM(96) 583 final] du 27 novembre 1996, paragraphe 5.49.

12 — [COM(98) 143 final] du 11 mars 1998.

définition des produits ou des services qu'elle entend acheter, choisir les produits et services qui correspondent à ses préoccupations environnementales. Les mesures prises doivent, bien entendu, être conformes aux règles et principes du traité, notamment au principe de non-discrimination.»

80. Or, qui peut le plus peut le moins. Si le pouvoir adjudicateur peut établir d'office que les autobus doivent fonctionner au gaz, il peut aussi, dans le cadre des critères d'attribution, accorder un certain nombre de points aux entreprises qui peuvent assurer le service à l'aide d'autobus respectant des normes de pollution particulièrement strictes, et que seuls des autobus de ce type sont en mesure de respecter.

81. Dès lors, je suis d'avis que le débat pourrait déjà être tranché sur la base des seules considérations qui précèdent.

82. Si, toutefois, vous devriez considérer que les critères litigieux doivent être examinés pour ainsi dire de manière abstraite, c'est-à-dire indépendamment de leur soubassement technique, alors on peut, selon moi, déduire de l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 et, surtout, de l'énumération exemplative des critères, que les directives n'excluent pas a priori toute possibilité de recourir à un critère d'ordre écologique, tel que celui de l'espèce, pour attribuer un marché public. Afin de déterminer dans quelle mesure il serait permis de tenir compte d'un tel critère, il est, cependant, utile d'examiner, en deuxième lieu, la jurisprudence de la Cour relative à ces dispositions ou à des dispositions similaires.

83. Les deux arrêts auxquels les parties se sont le plus souvent référées sont les arrêts Beentjes et Evans Medical et Macfarlan Smith, précités.

84. Dans l'arrêt Beentjes, précité, en analysant la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [13], la Cour a été amenée à se prononcer sur l'exclusion d'un soumissionnaire du fait qu'il n'était pas en mesure d'employer des chômeurs de longue durée. À cet égard, elle a d'abord constaté «qu'une telle condition n'a trait ni à la vérification de l'aptitude des entrepreneurs sur la base de leur capacité économique, financière et technique, ni aux critères d'attribution du marché dont il est question à l'article 29 de la directive» [14].

85. Cependant, la Cour n'a pas considéré la condition comme étant incompatible avec

13 — JO L 185, p. 5.
14 — Arrêt Beentjes, précité, point 28.

la directive 71/305. Elle a, en effet, poursuivi en indiquant qu'«[i]l résulte de l'arrêt du 9 juillet 1987, [CEI et Bellini] [15], que, pour être compatible avec la directive, une telle condition doit respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services» [16].

86. En outre, selon la Cour, «[m]ême si les critères dont il est question ci-dessus ne sont pas en tant que tels incompatibles avec la directive, leur mise en œuvre doit avoir lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient» [17].

87. Ensuite, dans l'arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, la Cour, en se référant à l'arrêt Beentjes, précité, a jugé que «le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne pouvant toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse» [18]. Elle en a déduit que «la sécurité d'approvisionnement peut faire partie des critères à prendre en compte au titre de l'article 25 de la directive [77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures [19], telle que modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988] [20] pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse [...]» [21].

88. En sus de ces deux arrêts, il convient de tenir compte dans le cadre de notre analyse de l'arrêt récent du 26 septembre 2000, Commission/France [22]. Dans cet arrêt, la Cour a jugé ce qui suit:

«Il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder pour attribuer les marchés sont soit uniquement le prix le plus bas, soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question, comme le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

Néanmoins, cette disposition n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu

15 — 27/86 à 29/86, Rec. p. 3347.
16 — Arrêt Beentjes, précité, point 29.
17 — Arrêt Beentjes, précité, point 31.
18 — Arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, point 42.
19 — JO 1977, L 13, p. 1.
20 — JO L 127, p. 1.
21 — Arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, point 44.
22 — C-225/98, Rec. p. I-7445.

que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêt Beentjes, précité, point 29).

En outre, même si un tel critère n'est pas en soi incompatible avec la directive 93/37, sa mise en œuvre doit avoir lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de ladite directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient (voir, en ce sens, au sujet de la directive 71/305, arrêt Beentjes, précité, point 31). Il s'ensuit qu'un critère d'attribution lié à la lutte contre le chômage doit être expressément mentionné dans l'avis de marché afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition (voir, en ce sens, arrêt Beentjes, précité, point 36)» [23].

89. Bien que ces arrêts concernent des directives en matière de marchés publics de travaux (arrêts Beentjes et Commission/France, précités) et de fournitures (arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité), le raisonnement qu'y tient la Cour s'applique incontestablement aux directives en matière de marchés publics de services.

90. En effet, comme la Cour l'avait déjà constaté dans l'arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, «[la jurisprudence Beentjes], qui est relative à des marchés publics de travaux, s'applique également aux marchés publics de fournitures, dans la mesure où il n'existe pas, sur ce point, de différences entre ces deux types de marchés» [24]. On ne peut que constater cette même absence de différence par rapport aux marchés publics de services.

91. Quant à l'application de cette jurisprudence au problème qui nous occupe, il me paraît que l'on peut incontestablement déduire des arrêts précités qu'un critère d'ordre écologique peut figurer parmi les critères pour attribuer un marché de services. En effet, le point commun aux arrêts Beentjes et Commission/France, précités, réside, selon moi, dans le fait que la Cour y a reconnu comme étant licite le fait d'intégrer un critère servant l'intérêt général parmi les critères d'attribution d'un marché public. Dans l'arrêt Beentjes, précité, il s'agissait d'une obligation pour le soumissionnaire d'employer des chômeurs de longue durée alors que dans l'arrêt Commission/France, précité, une condition liée à une action locale de la lutte contre le chômage était en cause.

92. Or, il est incontestable que la protection de l'environnement est également un critère servant l'intérêt général. Il suffit, à cet égard, de se référer à l'article 6 CE selon

23 — Arrêt Commission/France, précité, points 49 à 51.

24 — Arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, point 43.

lequel «[l]es exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable».

93. L'idée selon laquelle des critères servant l'intérêt général peuvent figurer parmi les critères d'attribution d'un marché public me paraît d'ailleurs répondre à une certaine logique, voire une logique certaine. En effet, les autorités publiques ayant par essence vocation à servir l'intérêt général, celui-ci doit pouvoir les inspirer également si elles concluent un marché public.

94. Ceci dit, il existe bien sûr des limites à la possibilité d'intégrer un critère d'intérêt général, tel qu'un critère d'ordre écologique, parmi les critères d'attribution d'un marché.

95. Je déduis deux limites des arrêts Beentjes et Commission/France, précités.

96. En premier lieu, le critère doit respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination, tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services [25].

97. En deuxième lieu, la mise en œuvre du critère doit avoir lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive pertinente, et notamment des règles de publicité qu'elle contient [26]. Il s'ensuit, ainsi que la Cour l'a jugé dans les arrêts Beentjes [27] et Commission/France [28], précités, que le critère d'attribution doit être expressément mentionné dans l'avis de marché, afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition.

98. Il me paraît que ces deux restrictions sont tout aussi valables pour l'intégration d'un critère d'ordre écologique parmi les critères d'attribution d'un marché. En effet, la nécessité de ces restrictions est incontestable en ce sens que la première évite que, au nom de l'intérêt général, les principes fondamentaux du droit communautaire ne soient plus respectés alors que la seconde assure l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires, qui est à la base même de la réglementation en matière de marchés publics [29]. Cependant, sous ces deux réser-

25 — Arrêts Beentjes, précité, point 29, et Commission/France, précité, point 50.

26 — Arrêts Beentjes, précité, point 31, et Commission/France, précité, point 51.

27 — Point 36.

28 — Point 51.

29 — Arrêts du 22 juin 1993, Commission/Danemark, dit «Storebaelt» (C-243/89, Rec. p. I-3353, point 33), et Commission/Belgique, précité, point 51.

ves, il n'y a rien qui s'oppose, selon moi, à la prise en compte d'un critère servant l'intérêt général, tel qu'un critère d'ordre écologique.

99. Toutefois, plusieurs intervenants ont encore fait état d'autres conditions qui, selon eux, devraient être remplies pour qu'un critère d'ordre écologique puisse être intégré parmi les critères d'attribution d'un marché public.

100. Certains intervenants ont souligné que le critère écologique devrait revêtir un caractère économique. Ainsi, selon le gouvernement néerlandais, le critère doit, pour être valable, présenter une dimension économique. Le gouvernement autrichien estime que le critère doit présenter des avantages économiques objectivement mesurables. Quant à la Commission, elle soutient que le critère doit comporter un avantage économique au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur.

101. Or, même si je peux me rallier à la thèse, défendue par plusieurs intervenants, selon laquelle, en l'espèce, le critère écologique présentait un avantage économique pour la ville d'Helsinki, je suis d'avis qu'un critère d'ordre écologique peut être intégré parmi les critères d'attribution sans qu'il soit nécessairement établi qu'il a une dimension économique ou présente un avantage économique, direct ou non, pour l'entité adjudicatrice.

102. Il faut, certes, admettre que, dans l'arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, la Cour a jugé que «le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne pouvant toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre *économiquement* [30] la plus avantageuse» [31].

103. À mon avis, on ne saurait cependant déduire du fait qu'il appartient à l'entité adjudicatrice d'identifier l'offre *économiquement* la plus avantageuse que chaque critère doive obligatoirement être de nature économique ou présenter une telle dimension.

104. En effet, si l'on se réfère à l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50, on constate, par exemple, que l'entité adjudicatrice peut intégrer parmi les critères le «caractère esthétique» d'un produit. Sauf à interpréter la notion d'«économique» d'une manière extrêmement large, je suis d'avis qu'un critère d'esthétique peut difficilement revêtir un caractère économique. A fortiori ne voit-on pas en quel sens il pourrait apporter un avantage économique direct au pouvoir adjudicateur.

105. Par ailleurs, au plus tard depuis les discussions sur le protocole de Kyōto, nous

30 — Souligné par l'auteur.
31 — Point 42.

sommes tous conscients que la protection de l'environnement est un enjeu considérable qui concerne toute la planète. Il ne me paraît donc pas justifié de n'admettre un critère d'ordre écologique que si celui-ci présente un avantage économique pour l'entité adjudicatrice concernée. Un tel critère se justifie également s'il présente un avantage pour d'autres que l'entité adjudicatrice ou pour l'environnement en général.

106. Enfin, le caractère inapproprié de cette condition, telle qu'elle est exigée en particulier par la Commission, est, selon moi, également confirmé par une réponse que celle-ci a donnée à une question posée à l'audience. À la question de savoir en quoi le fait d'accorder, comme cela a été le cas, des points supplémentaires aux soumissionnaires qui sont en mesure de proposer le service à l'aide de bus surbaissés, apporte un avantage économique direct à la ville d'Helsinki, la Commission a répondu que ceci augmenterait les recettes de l'entité adjudicatrice, en ce sens que des personnes handicapées et âgées seraient alors plus en mesure de prendre le bus.

107. Or, mis à part le fait qu'un tel avantage serait tout au plus indirect, il me paraîtrait plus approprié de voir dans l'encouragement à l'utilisation de bus surbaissés un service rendu à certaines catégories de la population plutôt qu'un moyen d'augmenter les recettes de l'entité adjudicatrice.

108. Les gouvernements autrichien et suédois ainsi que la Commission soutiennent également que le critère doit avoir un lien avec l'objet du marché. Pour le gouvernement autrichien, ceci signifie que le critère doit concerner la prestation à fournir ou les modalités de son exécution. Selon la Commission, le critère doit même être strictement lié à l'objet du marché.

109. Dans le cas d'espèce, ce critère est évidemment rempli.

110. On peut, cependant, se demander s'il est justifié de poser une telle condition. En effet, dans l'arrêt Commission/France, précité, la Cour a jugé qu'un critère d'attribution relatif à l'emploi, lié à une action locale de lutte contre le chômage, constituait un critère valable, sous réserve des deux restrictions auxquelles je me suis référé ci-dessus. Il en était de même dans l'arrêt Beentjes, précité, dans lequel la Cour a jugé acceptable une condition liée à l'emploi de chômeurs de longue durée.

111. Or, il s'agissait dans les deux cas d'un marché de travaux. Ces travaux auraient pu, tout aussi bien, être exécutés par des non-chômeurs. La condition posée n'était donc pas liée à l'objet du marché, c'est-à-dire aux caractéristiques des travaux à exécuter.

112. J'en déduis que l'on ne saurait exiger qu'un critère d'ordre écologique soit, contrairement à un critère relatif à l'emploi, lié, voire strictement lié, à l'objet du marché.

113. Finalement, la Commission souligne encore que le critère doit être objectif et applicable à toutes les offres.

114. Encore que l'on puisse se demander de quelle façon un critère relatif au caractère esthétique d'une offre, permis par l'article 36 de la directive 92/50, peut être défini d'une manière objective, il suffit de constater que, en l'espèce, les critères relatifs aux émissions d'oxyde azotique et au niveau sonore remplissent bien cette condition.

115. Ils sont quantifiables ou mesurables et ne laissent aucune marge d'appréciation subjective au pouvoir adjudicateur.

116. Quant à la condition selon laquelle le critère doit être applicable à toutes les offres, celle-ci se confond avec la première restriction retenue par la Cour et selon laquelle le critère d'attribution doit respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire, *et notamment le principe de non-discrimination,* tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services [32].

117. Il résulte de tout ce qui précède qu'un critère lié à la protection de l'environnement peut figurer parmi les critères d'attribution d'un marché, pourvu que ce critère respecte les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination et les quatre libertés, et qu'il soit mis en œuvre dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient.

118. Avant de conclure sur cette question, il convient de s'arrêter brièvement sur une analyse commune aux gouvernements néerlandais et autrichien et à la Commission et qui concerne la question de savoir si des critères relatifs à des «programmes de qualité et d'environnement» des entrepreneurs peuvent être pris en compte dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

119. Je suis d'avis que cette question se situe en dehors du cadre du présent renvoi préjudiciel.

32 — Arrêts Beentjes, précité, point 29, et Commission/France, précité, point 50.

120. Il convient, à cet égard, de se reporter à la question telle qu'elle a été formulée par la juridiction de renvoi. Celle-ci demande si la ville d'Helsinki «[...] peut intégrer, parmi les critères du marché à conclure sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, *outre* [33] le prix proposé, la gestion écologique et qualitative de l'exploitant ou plusieurs autres caractéristiques du matériel, *également* [34] la réduction des émissions d'oxyde azotique ou du niveau sonore [...]».

121. Il est donc manifeste que la juridiction de renvoi n'interroge pas la Cour sur l'admissibilité, en tant que critère d'attribution, «[du] prix proposé, [de] la gestion écologique et qualitative de l'exploitant ou [de] plusieurs autres caractéristiques du matériel», mais seulement sur l'admissibilité du critère de «la réduction des émissions d'oxyde azotique ou du niveau sonore».

122. Par ailleurs, la juridiction de renvoi nous informe que HKL et Concordia ont reçu un nombre identique de points pour le critère de la «gestion écologique et qualitative de l'exploitant». La question de savoir si ce critère est admissible n'est donc pas pertinente afin de résoudre le litige au principal et je propose, dès lors, de ne pas la traiter.

33 — Souligné par l'auteur.

34 — Souligné par l'auteur.

123. Sur la base de ces considérations, je propose de répondre à la juridiction de renvoi que la réglementation communautaire relative aux marchés publics, et en particulier l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50, est à interpréter en ce sens qu'une municipalité qui organise, en tant qu'entité adjudicatrice, un appel d'offres portant sur l'exploitation d'un service d'autobus urbains, peut intégrer, parmi les critères du marché à conclure sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère, tel que celui de l'espèce, relatif à la limitation des émissions d'oxyde azotique ou du niveau sonore. Ce critère doit être appliqué dans le respect des principes fondamentaux du droit communautaire, notamment du principe de non-discrimination et des quatre libertés, ainsi que dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive applicable, et notamment des règles de publicité qu'elle contient.

La troisième question préjudicielle

124. Par sa troisième question, la juridiction demande si le critère lié à la protection de l'environnement est néanmoins interdit s'il apparaît d'emblée que la propre entreprise de transports de la ville organisatrice de l'appel d'offres a la possibilité de proposer un matériel qui satisfasse aux conditions imposées, possibilité que, en raison des circonstances, seules de rares entreprises du secteur ont par ailleurs.

Position des intervenants

125. *Concordia* fait valoir que la possibilité d'utiliser des bus fonctionnant au gaz naturel, qui étaient, en pratique, les seuls à répondre au critère supplémentaire de réduction des émissions d'oxyde azotique et de niveau sonore, était très réduite. En effet, à l'époque de l'appel d'offres, il n'aurait existé, sur tout le territoire de la Finlande, qu'une seule station-service délivrant du gaz naturel. La capacité de cette station, qui avait un caractère provisoire, aurait permis d'approvisionner environ quinze bus fonctionnant au gaz. Or, juste avant l'appel d'offres litigieux, HKL aurait passé commande de onze bus fonctionnant au gaz neufs, ce qui signifierait que la capacité de la station était entièrement utilisée et qu'il n'était pas possible d'y approvisionner d'autres véhicules. En outre, la seule station existante n'aurait eu qu'un caractère provisoire. Selon Concordia, il eût été absurde de supposer que des exploitants investiraient des millions dans l'achat de véhicules neufs qu'il leur serait impossible d'utiliser ou du moins dont l'utilisation aurait été très incertaine.

126. Concordia en conclut que HKL était l'unique soumissionnaire ayant réellement la possibilité de proposer des bus fonctionnant au gaz. Il s'ensuivrait que l'appel d'offres litigieux n'avait pas d'autre but, en fixant des limites plus sévères que la norme Euro 2, que de favoriser l'unité de production appartenant à l'entité adjudicatrice. Elle propose donc de répondre à la troisième question que l'attribution de points en fonction des émissions d'oxyde azotique et de la réduction du niveau sonore ne saurait être admise, du moins dans le cas où tous les opérateurs du secteur concerné n'ont pas la possibilité, même théorique, de proposer des services ouvrant droit à cette attribution.

127. La *ville d'Helsinki* fait d'abord valoir qu'elle n'avait aucune obligation de soumettre à adjudication ses propres transports par autobus, que ce soit au titre de la réglementation communautaire ou de la législation finlandaise. En effet, étant donné qu'une adjudication engendre toujours des travaux et des coûts supplémentaires, elle n'aurait eu aucun motif raisonnable d'organiser cette adjudication si elle avait su que seule l'entreprise dont elle est propriétaire aurait la possibilité de proposer un matériel remplissant les conditions fixées ou si elle avait vraiment voulu garder pour elle-même l'exploitation de ces transports.

128. La ville d'Helsinki souligne ensuite que c'est HKL qui est à ce jour proportionnellement la grande perdante des adjudications et que c'est Concordia qui a accru le plus ses parts de marché à Helsinki. La ville d'Helsinki fait valoir, également, que, au

printemps de 1999, Concordia a remporté l'appel d'offres concernant la ligne n° 15 du réseau, qui exigeait l'utilisation d'autobus fonctionnant au gaz. Cela a été confirmé par Concordia à l'audience. Celle-ci démontrerait ainsi elle-même que tous les participants ont eu, à tout moment, s'ils le souhaitaient, la possibilité d'acquérir des bus fonctionnant au gaz naturel.

129. Le *gouvernement finlandais* estime que l'appréciation de l'objectivité des critères fixés dans l'appel d'offres litigieux relève, en définitive, de l'appréciation de la juridiction nationale.

130. Le *gouvernement hellénique* estime qu'il convient de répondre à la troisième question préjudicielle par l'affirmative.

131. Le *gouvernement néerlandais* fait valoir qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour [35] que les critères d'attribution doivent être objectifs et qu'il ne peut être opéré aucune discrimination entre les soumissionnaires.

132. Cependant, aux points 32 et 33 de son arrêt Fracasso et Leitschutz, précité, la Cour aurait effectivement jugé que lorsque, à l'issue d'une procédure de passation, il ne reste plus qu'une seule offre, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'attribuer le marché au seul soumissionnaire jugé apte à y participer. Il n'en résulterait donc pas pour autant que, s'il ne reste plus qu'un seul soumissionnaire en raison des critères d'attribution appliqués, lesdits critères seraient illicites.

133. Selon le gouvernement néerlandais, il appartiendrait à la juridiction de renvoi de déterminer si, dans l'affaire au principal, la concurrence effective a été mise en péril.

134. Le *gouvernement autrichien* estime que l'emploi des critères d'attribution en cause au principal ne pose, en principe, pas de problème, et cela même dans le cas où, comme en l'espèce, seul un nombre relativement restreint de soumissionnaires est en mesure d'y satisfaire.

135. Le gouvernement autrichien attire, cependant, l'attention sur le dixième considérant de la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés

35 — Arrêts du 16 septembre 1999, Fracasso et Leitschutz (C-27/98, Rec. p. I-5697, points 30 et 31), et Commission/Danemark, précité.

publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement [36], en vertu duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent solliciter, ou accepter, un avis pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé à condition que cet avis n'empêche pas la concurrence.

136. Selon le gouvernement autrichien, il est loisible de déduire de ce considérant, ainsi que des principes qui sous-tendent les directives en matière de marchés publics, que les entreprises qui sont impliquées directement ou indirectement dans la préparation d'un appel d'offres, de même que les entreprises qui leur sont liées, lorsqu'il existe entre elles un rapport de domination, doivent être exclues de la compétition dans la mesure où leur participation empêcherait la concurrence.

137. En effet, la sauvegarde du principe de la concurrence libre et loyale et de l'égalité de traitement de tous les postulants et soumissionnaires au sens des directives en matière de marchés publics pourrait être compromise en cas d'implication, directe ou indirecte, d'un des concurrents à un appel d'offres dans la préparation de celui-ci.

138. Le gouvernement autrichien en déduit que, dans l'affaire au principal, si les liens organisationnels qui unissent la ville d'Helsinki à HKL ont eu pour conséquence que cette dernière a pu avoir une influence, sous quelque forme que ce soit, sur la définition du projet à la base de l'appel d'offres et dans la mesure où l'implication de HKL dans l'élaboration de l'appel d'offres empêcherait la concurrence, elle devrait se voir interdire de concourir.

139. Le *gouvernement suédois* fait valoir que le fait de tenir compte du critère des émissions de la manière pertinente dans l'affaire au principal a impliqué que le soumissionnaire qui disposait d'autobus fonctionnant au gaz ou à l'alcool a été récompensé. Selon le gouvernement suédois, rien n'a cependant empêché les autres soumissionnaires d'acquérir de tels autobus. Ces véhicules seraient disponibles sur le marché depuis de nombreuses années.

140. Le gouvernement suédois estime que le fait de donner des points supplémentaires en raison de faibles émissions d'oxyde azotique et d'un niveau sonore peu élevé ne constitue pas une discrimination directe, mais s'applique indistinctement. En outre, cette bonification ne semblerait pas être indirectement discriminatoire au sens où elle aurait eu nécessairement pour effet de favoriser HKL. Partant, le gouvernement suédois constate que ladite bonification ne fait pas non plus obstacle à la libre circulation des marchandises et des services ni à la liberté d'établissement.

36 — JO L 328, p. 1.

141. Selon le *gouvernement du Royaume-Uni*, la directive n'interdit pas l'attribution de points supplémentaires dans l'évaluation des offres lorsque l'on sait d'avance qu'il y a peu d'entreprises qui peuvent potentiellement obtenir ces points supplémentaires, pour autant que l'autorité adjudicatrice ait fait connaître au stade de l'avis d'adjudication cette possibilité d'obtenir ces points supplémentaires.

142. La *Commission* rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour [37], le respect du principe de l'égalité de traitement correspond à l'essence même des directives en matière de marchés publics, ce qui entraîne que les conditions de concurrence entre les soumissionnaires ne doivent pas être faussées.

143. Compte tenu, toutefois, des divergences de vue des parties dans le cadre du litige au principal, la Commission estime qu'elle n'est pas en mesure de déterminer si les critères retenus en l'espèce violent le principe de l'égalité de traitement. Il reviendrait donc à la juridiction de renvoi de se prononcer sur cette question et de déterminer, sur le fondement d'indices objectifs, pertinents et concordants, si lesdits critères ont été retenus dans le but exclusif de choisir l'entreprise retenue ou s'ils ont été déterminés à cette fin.

37 — Voir arrêts Commission/Belgique et Commission/Danemark, précités.

Appréciation

144. La juridiction de renvoi demande si l'attribution de points au titre des propriétés du matériel en matière d'émissions d'oxyde azotique ou de niveau sonore est «interdite dès lors qu'il apparaît d'emblée que la propre entreprise de transports de la ville organisatrice de l'appel d'offres [...] a la possibilité de proposer un matériel qui satisfasse les conditions imposées, possibilité que, en raison des circonstances, seules de rares entreprises ont par ailleurs».

145. Cette question revient à demander si, en pareille circonstance, le principe d'égalité de traitement est violé. Nous examinerons successivement si ce principe est violé:

— lorsqu'une seule entreprise [38] est à même de remplir le critère d'attribution litigieux;

— lorsque, en plus, il s'agit de l'entreprise appartenant au pouvoir adjudicateur.

38 — Ce qui vaudra pour une seule entreprise, vaudra a fortiori dans l'hypothèse où de «rares entreprises» sont à même de remplir le critère.

146. Quant au premier point, nous pensons, comme le gouvernement suédois, que, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, il n'y a ni discrimination directe ni discrimination indirecte entre les différents soumissionnaires potentiels.

147. Le critère litigieux était applicable indistinctement à toutes les offres et il a, apparemment, fait l'objet d'une publication conforme aux exigences de la directive.

148. Ensuite, pour décider que le critère en cause a constitué une discrimination indirecte envers Concordia, il ne suffirait pas de constater que celle-ci a été traitée différemment que HKL, en ce sens que cette dernière a reçu des points que Concordia n'a pas reçus.

149. Il résulte, en effet, d'une jurisprudence constante que le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière identique, à moins qu'une telle différence de traitement ne soit objectivement justifiée [39].

150. Sous réserve de l'appréciation à laquelle devra se livrer la juridiction de renvoi, il me semble que, en l'espèce, les deux entreprises n'ont été traitées de manière différente que parce qu'elles ne se trouvaient pas dans des situations identiques: l'une d'entre elles était en mesure de proposer le matériel requis et l'autre non.

151. Enfin, le fait d'avoir retenu le critère qui a donné lieu à une différence dans l'attribution des points ne saurait être considéré comme révélant l'existence d'une manœuvre à caractère discriminatoire qu'au cas où il apparaîtrait que ce critère n'était pas objectivement justifié, compte tenu de la nature du marché et des besoins du pouvoir adjudicateur.

152. Or, comme nous l'avons vu ci-dessus, on ne saurait dénier à un pouvoir adjudicateur le droit d'exiger que le service en question soit assuré à l'aide d'un matériel correspondant aux meilleures techniques disponibles.

153. Admettre le contraire reviendrait à obliger le pouvoir adjudicateur à fixer les critères en fonction des soumissionnaires potentiels. Or, comme chaque appel d'offres comporte toute une série de critères [40],

39 — Voir, à titre d'exemple, arrêts du 17 juillet 1963, Italie/Commission [13/63, Rec. p. 335, point III, 4 a)]; du 13 décembre 1984, Sermide (106/83, Rec. p. 4209, point 28); du 20 septembre 1988, Espagne/Conseil (203/86, Rec. p. 4563, point 25), et du 13 décembre 1994, SMW Winzersekt (C-306/93, Rec. p. I-5555, point 30).

40 — En l'occurrence, des points additionnels ont, par exemple, aussi été attribués aux soumissionnaires qui proposaient des bus surbaissés à l'avant ou entièrement surbaissés.

le pouvoir adjudicateur devrait alors déterminer quels sont ceux qui ne peuvent être remplis que par un seul et les retirer de son projet d'appel d'offres. Il se peut, en effet, qu'un soumissionnaire ne soit pas à même de remplir un critère, et qu'un autre ne soit pas à même d'en remplir tel autre.

154. Or, non seulement une telle approche aboutirait à une espèce de «nivellement par le bas» des critères d'attribution en écartant tous les critères véritablement sélectifs. Elle viderait également de tout contenu le droit reconnu par la Cour au pouvoir adjudicateur de choisir les critères d'attribution du marché [41] de son choix. En outre, à y bien réfléchir, le fait de fixer des critères en fonction des soumissionnaires équivaudrait, selon moi, à une négation même du principe de l'égalité de traitement. En effet, si un pouvoir adjudicateur enlevait un critère de l'appel d'offres au motif qu'un ou plusieurs soumissionnaires ne sont pas en mesure d'y répondre, il désavantagerait par ce même fait le soumissionnaire pouvant remplir ce critère en neutralisant l'avantage dont il aurait pu se prévaloir.

155. Je conclus donc sur ce premier point que le seul fait d'inclure dans un appel d'offres un critère qui ne peut être rempli que par un seul soumissionnaire ne viole pas le principe d'égalité.

156. La situation est-elle différente lorsque ce soumissionnaire est, comme HKL, une entreprise appartenant au pouvoir adjudicateur?

157. Dans cette hypothèse, de deux choses l'une:

— soit HKL ne dispose pas d'un pouvoir de décision et de gestion économique et financière autonome par rapport au pouvoir adjudicateur; dans ce cas, on se trouverait dans une situation qui n'aurait pas vocation à être régie par la directive, HKL n'étant alors pas un tiers avec lequel la ville d'Helsinki aurait contracté;

— soit HKL est effectivement indépendante de la ville d'Helsinki, ce que j'ai présumé dans le cadre de la réponse à la première question; dans ce cas, le fait que HKL soit «la propre entreprise de transports de la ville organisatrice de l'appel d'offres» ne saurait, en tant que tel, poser de problème au regard du principe d'égalité de traitement, à moins qu'il ne soit établi que l'insertion du critère litigieux dans l'appel d'offres n'avait d'autre raison d'être que de favoriser HKL [42].

41 — Arrêt Evans Medical et Macfarlan Smith, précité, point 42.

42 — Je pars, bien entendu, de l'hypothèse, que le pouvoir adjudicateur a attribué les points d'une manière objective et neutre.

158. Il s'agit là d'une question de pur fait à trancher par la juridiction de renvoi.

159. Dans ce contexte, il convient de s'arrêter encore sur les développements du gouvernement autrichien ayant trait à la participation d'un soumissionnaire à la préparation d'un appel d'offres.

160. Je ne peux que souscrire entièrement à la thèse de ce gouvernement selon laquelle une telle participation serait illégale en ce qu'elle constituerait la négation même du principe de l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cet égard, on peut se référer à l'arrêt Ismeri Europa/Cour des comptes [43], dans lequel la Cour a qualifié «le fait qu'une personne qui contribue à évaluer et sélectionner les offres d'un marché public se voit attribuer ce marché» comme une «confusion d'intérêts», en ajoutant qu'un tel fait est «caractéristique d'un dysfonctionnement grave de l'institution ou de l'organisme concerné» (point 47).

161. Or, du point de vue de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires, il me paraît qu'une participation réelle à la préparation d'un appel d'offres de la part du soumissionnaire qui se voit attribuer le marché est presque aussi grave que la contribution de ce soumissionnaire à l'évaluation et à la sélection des offres.

162. Toutefois, on ne trouve dans l'ordonnance de renvoi aucun indice selon lequel HKL aurait effectivement participé à la préparation de l'appel d'offres litigieux. La ville d'Helsinki a même souligné à l'audience qu'une telle participation n'a pas eu lieu. De même, la juridiction de renvoi ne nous pose aucune question à cet égard. Je suis donc d'avis qu'il n'est pas approprié de formuler une réponse sur ce point.

163. En conséquence, je propose de répondre à la troisième question que le droit, pour une entité adjudicatrice, d'introduire dans un appel d'offres, parmi les critères d'attribution d'un marché portant sur l'exploitation d'un service d'autobus urbains, des caractéristiques en matière d'émissions d'oxyde azotique et de niveau sonore du matériel utilisé telles que celles en cause dans le litige au principal n'est pas remis en cause par la constatation que la propre entreprise de transports de cette entité a la possibilité, que n'ont que de rares entreprises du secteur, de proposer un matériel satisfaisant aux conditions imposées, à moins qu'il ne soit établi que ce critère n'a été introduit que dans le but de favoriser ladite entreprise.

43 — Arrêt du 10 juillet 2001 (C-315/99 P, Rec. p. I-5281).

V — Conclusions

164. Sur la base de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose de répondre de la manière suivante aux questions posées par la juridiction de renvoi:

«1) Les dispositions relatives au champ d'application de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et, en particulier, son article 2, paragraphes 1, sous a), 2, sous c), et 4, sont à interpréter en ce sens que ladite directive ne s'applique pas à une procédure telle que celle en cause dans le litige au principal.

2) La réglementation communautaire relative aux marchés publics, et, en particulier, l'article 36, paragraphe 1, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services est à interpréter en ce sens qu'une municipalité qui organise, en tant qu'entité adjudicatrice, un appel d'offres portant sur l'exploitation d'un service d'autobus urbains, peut intégrer, parmi les critères du marché à conclure sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère, tel que celui de l'espèce, relatif à la limitation des émissions d'oxyde azotique ou du niveau sonore. Ce critère doit être appliqué dans le respect des principes fondamentaux du droit communautaire, notamment du principe de non-discrimination et des quatre libertés, ainsi que dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive applicable, et notamment des règles de publicité qu'elle contient.

3) Le droit pour une entité adjudicatrice, d'introduire dans un appel d'offres, parmi les critères d'attribution d'un marché portant sur l'exploitation d'un service d'autobus urbains, des caractéristiques en matière d'émissions d'oxyde azotique et de niveau sonore du matériel utilisé, telles que celles en cause dans le litige au principal, n'est pas remis en cause par la constatation que la propre entreprise de transports de cette entité a la possibilité, que n'ont que de rares entreprises du secteur, de proposer un matériel satisfaisant aux conditions imposées, à moins qu'il ne soit établi que ce critère n'a été introduit que dans le but de favoriser ladite entreprise.»