CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 13 december 2001 [1]

1. De Korkein hallinto-oikeus (Finland) (hierna: „verwijzende rechter") stelt drie vragen betreffende de uitlegging van de artikelen 2, leden 1, 2, en 4, en 34, lid 1, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [2], alsook van artikel 36, lid 1, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. [3]

I — Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

Richtlijn 92/50

2. Artikel 1 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn:

a) wordt onder ‚*overheidsopdrachten voor dienstverlening*' verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van:

[...]

ii) opdrachten die worden geplaatst op de gebieden die zijn genoemd in de artikelen 2, 7, 8 en 9 van richtlijn 90/531/EEG en opdrachten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, lid 2, van dezelfde richtlijn;

[...]"

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — PB L 199, blz. 84.
3 — PB L 209, blz. 1.

3. Artikel 36 van richtlijn 92/50, getiteld „Gunningscriteria", luidt als volgt:

„1. Onverminderd de nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding voor bepaalde diensten, kunnen de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, zijn:

a) hetzij, indien gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren al naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de kwaliteit, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de klantenservice en technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering, en de prijs;

b) hetzij alleen de laagste prijs.

2. Indien de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding moet worden gegund, vermelden de aanbestedende diensten in het bestek of in de aankondiging van de opdracht de gunningscriteria die zij voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht."

Richtlijn 93/38

4. Artikel 2 van richtlijn 93/38 bepaalt:

„1. Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben;

b) of die, indien het geen overheidsdiensten of openbare bedrijven betreft, een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten of een combinatie daarvan tot taak hebben en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten die hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend.

2. Relevante activiteiten in de zin van deze richtlijn zijn:

[...]

c) de exploitatie van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus of bus of kabel.

Ten aanzien van vervoersdiensten wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder voorwaarden die gesteld zijn door een bevoegde instantie van een lidstaat, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst;

[...]

4. Het verzorgen van een openbare busdienst wordt niet beschouwd als een activiteit in de zin van lid 2, onder c, indien andere diensten vrijelijk deze dienstverlening, algemeen dan wel voor een bepaald geografisch gebied, onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende diensten kunnen verrichten.

[...]"

5. Artikel 34 van richtlijn 93/38 luidt:

„1. Onverminderd de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten, zijn de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een opdracht gunnen:

a) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de leveringstermijn, de uitvoeringstermijn, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de kwaliteit, de esthetische en functionele kenmerken, de technische waarde, de klantenservice en technische bijstand, de verbintenissen met betrekking tot reserveonderdelen, de gewaarborgde materiaalvoorziening en de prijs;

b) hetzij alleen de laagste prijs.

2. In het in lid 1, onder [a], bedoelde geval vermelden de aanbestedende diensten in het bestek of in de oproep tot mededinging, alle

gunningscriteria die zij voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht.

[...]"

6. Artikel 45, leden 3 en 4, van richtlijn 93/38 bepaalt:

„3. Onverminderd de verplichtingen van de lidstaten inzake de in artikel 37 van richtlijn 90/531/EEG vermelde termijnen, sorteert die richtlijn geen rechtsgevolgen meer vanaf de datum van toepassing van de onderhavige richtlijn door de lidstaten.

4. Verwijzingen naar richtlijn 90/531/EEG gelden als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn."

Bepalingen van nationaal recht

7. De richtlijnen 92/50 en 93/38 zijn in Fins recht omgezet bij de julkisista hankinnoista annettu laki (wet op de overheidsopdrachten) 1505/1992, zoals gewijzigd bij wetten 1523/1994 en 725/1995 (hierna: „wet 1505/1992"), en bij besluit 243/1995 betreffende de aanbesteding voor leveringen en diensten en de aanneming van werken boven een bepaald bedrag, alsmede bij besluit 567/1994 betreffende de openbare aanbesteding van diensten boven een bepaald bedrag in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zoals gewijzigd bij besluit 244/1995 (hierna: „besluit 567/1994").

8. Volgens § 4, lid 1, van besluit 243/1995 heeft het besluit geen betrekking op opdrachten waarop besluit 567/1994 van toepassing is. Volgens § 1, lid 10, van besluit 567/1994 heeft het besluit geen betrekking op opdrachten waarop besluit 243/1995 van toepassing is.

9. § 43 van besluit 243/95 bepaalt:

„1. De aanbestedende dienst dient de inschrijving te aanvaarden die volgens de bij de aanbesteding te hanteren beoordelingscriteria uit algemeen economisch oogpunt het voordeligst is, dan wel de inschrijving voor het laagste bedrag. Zulke algemeen economische beoordelingscriteria kunnen bijvoorbeeld zijn de prijs, de leverings- of productietermijn, de gebruikskosten, de kwaliteit, de voorzienbare kosten tijdens de gebruiksduur van het goed, de esthetische of functionele kenmerken, de

technische voordelen, de logistieke diensten, de gewaarborgde materiaalvoorziening, de technische bijstand en de milieuaspecten.

[...]"

10. Evenzo bepaalt § 21, lid 1, van besluit 567/1994 dat de aanbestedende dienst de inschrijving moet aanvaarden die volgens de beoordelingscriteria betreffende de leveringen, de diensten of de aanneming uit algemeen economisch oogpunt het voordeligst is, dan wel de inschrijving voor het laagste bedrag. Zulke algemeen economische beoordelingscriteria kunnen bijvoorbeeld zijn de prijs, de leveringstermijn, de gebruikskosten, de voorzienbare kosten tijdens de gebruiksduur van het goed, de kwaliteit, de milieueffecten, de esthetische en functionele kenmerken, de technische voordelen, de logistieke diensten en de technische bijstand.

II — Het hoofdgeding

Organisatie van het busvervoer in de stad Helsinki

11. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de gemeenteraad van Helsinki op 27 augustus 1997 heeft besloten dat het gehele busvervoer in het stadsgebied van Helsinki geleidelijk zou worden uitbesteed, en dat de eerste uitbestede buslijn vanaf de herfst van 1998 door de inschrijver aan wie zij is toegewezen zou worden geëxploiteerd.

12. Volgens de regeling betreffende het stedelijk openbaar vervoer in Helsinki zijn de Helsingin kaupungin joukkoliikennelautakunta (openbaarvervoercommissie van de stad Helsinki) en het daaronder ressorterende Helsingin kaupungin liikennelaitos (vervoerbedrijf van de stad Helsinki; hierna: „vervoerbedrijf") — tenzij anders bepaald — verantwoordelijk voor de planning, de ontwikkeling, de uitvoering en de overige organisatie van, alsmede voor het toezicht op het stedelijk openbaar vervoer in Helsinki.

13. Volgens de toepasselijke regeling beslist de commissie voor commerciële diensten van de stad Helsinki over de gunning van opdrachten inzake openbaarvervoerdiensten in Helsinki in overeenstemming met de door de gemeenteraad en de openbaarvervoercommissie goedgekeurde doelstellingen. Verder is de inkoopcentrale van de stad Helsinki belast met de uitvoerende taken in verband met de aanbesteding van openbaarvervoerdiensten in Helsinki.

14. Het vervoerbedrijf is een gemeentelijk commercieel bedrijf, dat functioneel en

economisch is opgesplitst in productie-eenheden voor de verschillende vervoerswijzen (bus, tram, metro, spoorlijnen en onroerend goed). De productie-eenheid voor busvervoer is HKL-Bussiliikenne (hierna: „HKL"). Het vervoerbedrijf omvat ook een hoofdeenheid die bestaat uit een planningseenheid en een administratieve en economische eenheid. De planningseenheid geeft de opdrachten met betrekking tot de voorbereiding van voorstellen voor de openbaarvervoercommissie, de lijnen die moeten worden uitbesteed en de voor de diensten vereiste kwaliteit. De productie-eenheden staan economisch gezien los van de rest van het vervoerbedrijf, en hebben een afzonderlijke boekhouding en balans.

De litigieuze aanbestedingsprocedure

15. De inkoopcentrale van de stad Helsinki heeft bij schrijven van 1 september 1997 en bij in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 4 september 1997, deel „overheidsopdrachten", gepubliceerde aankondiging van een overheidsopdracht verzocht om indiening van aanbiedingen voor de exploitatie van busvervoerdiensten in het stadsgebied van Helsinki op routes en tijden als gespecificeerd in een bijlage die zeven onderdelen omvat. Het hoofdgeding betreft onderdeel 6 van deze aankondiging, dat betrekking heeft op lijn 62.

16. Uit het dossier blijkt dat volgens die aankondiging de opdracht wordt gegund aan de onderneming met de offerte die uit algemeen economisch oogpunt voor de stad het voordeligst is. Bij deze beoordeling moest rekening worden gehouden met drie categorieën criteria, te weten de totaalprijs voor de exploitatie van de lijn, de kwaliteit van het materieel (bussen), en de maatregelen van de vervoerondernemer inzake kwaliteit en leefmilieu.

17. Wat om te beginnen de gevraagde totaalprijs betreft, kreeg de voordeligste offerte maximaal 86 punten, en werd het aantal punten van de overige offertes berekend als volgt: aantal punten = bedrag van de jaarlijkse exploitatievergoeding van de voordeligste offerte gedeeld door het bedrag van de betrokken offerte, vermenigvuldigd met 86 punten.

18. Wat vervolgens de kwaliteit van het materieel betreft, konden extra punten worden toegekend, inzonderheid voor het gebruik van bussen met enerzijds een stikstofmonoxide-emissie van minder dan 4 g/kWh (+ 2,5 punten/bus) of minder dan 2 g/kWh (+ 3,5 punten/bus) en met anderzijds een geluidsniveau lager dan 77 dB (+ 1 punt/bus).

19. Wat ten slotte de kwaliteits- en milieumaatregelen van de vervoerondernemer betreft, moesten voor kwaliteitsmaatregelen en een programma voor milieubehoud, beiden met certificaat, extra punten worden verleend.

20. De inkoopcentrale ontving voor onderdeel 6 acht aanbiedingen, waaronder die van HKL en van Swebus Finland Oy Ab [later Stagecoach Finland Oy Ab en vervolgens Concordia Bus Finland Oy Ab (hierna: „Concordia")]. De inschrijving van laatstgenoemde bevatte twee alternatieve aanbiedingen: A en B.

21. Op 12 februari 1998 besloot de commissie voor commerciële diensten om voor de buslijn als bedoeld in onderdeel 6 HKL als vervoerondernemer te kiezen, omdat haar aanbieding uit algemeen economisch oogpunt als de voordeligste werd beschouwd. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat Concordia de goedkoopste aanbieding had ingediend: zij kreeg 81,44 punten voor offerte A en 86 punten voor offerte B. HKL kreeg 85,75 punten. Voor het materieel kreeg HKL het hoogste aantal punten: 2,94. Concordia kreeg 0,77 punt voor offerte A en -1,44 punt voor offerte B. In de 2,94 punten van HKL was de maximale vermeerdering begrepen die zij had ontvangen omdat de stikstofmonoxide-emissie minder dan 2 g/kWh bedroeg, en omdat het geluidsniveau lager was dan 77 dB. Concordia kreeg geen extra punten op grond van de criteria betreffende de stikstofmonoxide-emissies en het geluidsniveau van de bussen. HKL en Concordia kregen het maximumaantal punten voor hun kwaliteits- en milieucertificaten. Derhalve kreeg HKL het hoogste aantal punten, namelijk 92,69. Concordia kwam op de tweede plaats met 86,21 punten voor offerte A en 88,56 punten voor offerte B.

Procesverloop voor de nationale rechterlijke instanties

22. Concordia diende bij de Kilpailuneuvosto (mededingingsraad) (Finland) een verzoek in tot nietigverklaring van genoemd besluit van de commissie voor commerciële diensten, op grond dat de toekenning van extra punten voor materieel waarvan de stikstofmonoxide- en geluidsemissies onder een bepaald niveau blijven, onrechtvaardig en discriminerend is. Volgens Concordia zijn extra punten toegekend voor het gebruik van een type bus waarover in werkelijkheid slechts één enkele inschrijver kon beschikken, te weten HKL.

23. De Kilpailuneuvosto wees het verzoek af, stellende dat de aanbestedende dienst mag preciseren welk soort materieel hij wenst. Bij het vaststellen van de selectiecriteria en het bepalen van het daaraan toekomende gewicht, moet evenwel objectief rekening worden gehouden met de behoeften van de aanbestedende dienst en de kwaliteit van de dienstverlening. De aanbestedende dienst moet, indien nodig, de gegrondheid kunnen aantonen van de keuze en de toepassing van de beoordelingscriteria.

24. De mededingingsraad merkte op dat het besluit van de stad Helsinki om de voorkeur te geven aan bussen met een geringe emissie, een besluit is in het kader van het milieubeleid waarmee wordt getracht de schadelijke gevolgen van het busvervoer voor het milieu te verminderen.

Dat kan niet als een procedurefout worden beschouwd. Indien dit criterium niet eerlijk werd toegepast ten aanzien van een inschrijver, zou kunnen worden ingegrepen. De mededingingsraad stelde echter vast dat alle inschrijvers de mogelijkheid hadden desgewenst bussen aan te schaffen die op aardgas rijden. Hij kwam derhalve tot de slotsom dat niet is aangetoond dat het betrokken criterium voor verzoekster discriminerend zou zijn geweest.

25. Daarop stelde Concordia bij de Korkein hallinto-oikeus beroep in tot nietigverklaring van de beslissing van de mededingingsraad. Volgens haar waren de extra punten voor de geringe stikstofmonoxide-emissies en het lage geluidsniveau in het voordeel van HKL, die als enige inschrijver de facto de mogelijkheid had materieel te gebruiken dat dergelijke extra punten opbracht. Daarnaast was zij van mening dat die milieufactoren, die geen rechtstreeks verband houden met het voorwerp van de aanbesteding, niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de algehele beoordeling van de aanbiedingen.

26. In zijn verwijzingsbeschikking merkt de verwijzende rechter om te beginnen op dat, om uit te maken of besluit 243/1995 dan wel besluit 567/1994 in het onderhavige geval van toepassing is, onderzocht moet worden of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 dan wel binnen die van richtlijn 93/38 valt. Dienaangaande stelt hij vast dat in bijlage VII bij richtlijn 93/38 wat de Republiek Finland betreft zowel overheids- of particuliere diensten zijn genoemd die busvervoer verrichten overeenkomstig de laki luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä (wet betreffende het vergunningplichtige personenvervoer over de weg) als het vervoerbedrijf dat het openbare metro- en tramvervoer van de stad Helsinki verzorgt.

27. De verwijzende rechter merkt vervolgens op dat in de onderhavige zaak tevens een uitlegging nodig is van gemeenschapsrechtelijke bepalingen met betrekking tot de vraag of een gemeente bij de gunning van een opdracht als bedoeld in het hoofdgeding rekening mag houden met milieuaspecten ten aanzien van het voorgestelde materieel. Zouden de argumenten van Concordia worden aanvaard inzake de punten voor de milieu- en andere aspecten, dan zou dit betekenen dat zij voor haar offerte B meer punten krijgt dan HKL.

28. De verwijzende rechter merkt in dit verband op dat milieuvraagstukken niet zijn vermeld bij de in de artikelen 36, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 en 34, lid 1, sub a, van richtlijn 93/38 opgesomde criteria voor het gunnen van de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding. Het Hof heeft in zijn arresten Beentjes en Evans Medical en Macfarlan Smith[4] geoordeeld dat de aanbestedende diensten, om vast te stellen welke de

4 — Arresten van 20 september 1988 (31/87, Jurispr. blz. 4635) en 28 maart 1995 (C-324/93, Jurispr. blz. I-563).

economisch voordeligste aanbieding is, vrij kunnen kiezen welke gunningscriteria zij zullen toepassen. Die keuze kan evenwel enkel betrekking hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding.

29. De verwijzende rechter wijst ten slotte op de mededeling van de Commissie van 11 maart 1998 getiteld „De overheidsopdrachten in de Europese Unie" (COM/98/143 def.), waarin de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat milieuaspecten mogen meetellen bij het bepalen van de uit algemeen economisch oogpunt voordeligste aanbieding, indien de aanbesteder zelf rechtstreeks profiteert van de milieuvriendelijke eigenschappen van het product.

III — De prejudiciële vragen

30. De verwijzende rechter heeft derhalve besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

„1) Moeten de bepalingen betreffende de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [...], en in het bijzonder artikel 2, lid 1, sub a, lid 2, sub c, en lid 4, daarvan aldus worden uitgelegd, dat deze richtlijn van toepassing is op een door een gemeente als aanbestedende dienst gevolgde procedure voor de aanbesteding van de exploitatie van een stadsbuslijn, wanneer

— de gemeente op haar grondgebied verantwoordelijk is voor de planning, de ontwikkeling, de uitvoering en de overige organisatie van, alsmede voor het toezicht op het openbaar vervoer,

— de gemeente voor bovengenoemde taken beschikt over een openbaarvervoercommissie en een daaronder ressorterend gemeentelijk vervoerbedrijf,

— het gemeentelijk vervoerbedrijf een planningseenheid omvat, die de opdrachten geeft met betrekking tot de voorbereiding van voorstellen voor de openbaarvervoercommissie met betrekking tot de vraag welke lijnen worden uitbesteed en welke kwaliteit voor de diensten wordt vereist, en

— het gemeentelijk vervoerbedrijf productie-eenheden omvat die economisch gezien losstaan van de rest van het vervoerbedrijf, waaronder een eenheid die busvervoerdiensten verricht en aan de desbetreffende aanbestedingen deelneemt?

2) Moeten de gemeenschapsbepalingen inzake overheidsopdrachten, in het bijzonder artikel 36, lid 1, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [...], of het overeenkomstige artikel 34, lid 1, van richtlijn 93/38/EEG, aldus worden uitgelegd, dat een gemeente als aanbestedende dienst bij de organisatie van een aanbesteding voor de exploitatie van een stadsbuslijn, als criteria voor de gunning van de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding niet alleen rekening mag houden met de prijs van de aanbieding, de kwaliteits- en milieumaatregelen van de vervoerondernemer en verscheidene andere kenmerken van het materieel, doch ook met de geringe stikstofmonoxide-emissies of het lage geluidsniveau van de bussen, conform de in de oproep tot inschrijving bepaalde criteria, zodat wanneer de stikstofmonoxide- of geluidsemissies van de bussen beneden een bepaald niveau blijven, voor dat materieel extra punten worden toegekend die meetellen bij de vergelijking van de aanbiedingen?

3) Ingeval de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, wordt het Hof nog verzocht om een antwoord op de volgende vraag: moeten de gemeenschapsbepalingen inzake overheidsopdrachten aldus worden uitgelegd, dat het evenwel niet is toegestaan extra punten toe te kennen voor bovengenoemde kenmerken betreffende de stikstofmonoxide-emissies en het geluidsniveau van het materieel, wanneer tevoren bekend is, dat het eigen busvervoerbedrijf van de aanbestedende gemeente die het busnet exploiteert, in staat is materieel ter beschikking te stellen dat de genoemde kenmerken vertoont, en door omstandigheden maar weinig andere busvervoerbedrijven in dat geval verkeren?"

IV — Analyse

De eerste prejudiciële vraag

31. Met zijn eerste vraag wil de verwijzende rechter in wezen weten of richtlijn 93/38 aldus moet worden uitgelegd dat zij op de in de verwijzingsbeschikking omschreven feitelijke context van toepassing is. Met het op die vraag te geven antwoord kan hij te weten komen welke van de twee richtlijnen 93/38 of 92/50 op het hoofdgeding van toepassing is.

Inleidende opmerking

32. Zonder daadwerkelijk een niet-ontvankelijkheidsgrond op te werpen, achten bepaalde partijen die opmerkingen hebben ingediend, waaronder Concordia en de Nederlandse regering, de eerste vraag niet van belang voor de beantwoording van de tweede en de derde vraag. De bepalingen waarop de tweede en de derde vraag van de verwijzende rechter betrekking hebben, zijn volgens hen in beide richtlijnen nagenoeg hetzelfde. Het is daarom huns inziens niet nodig van tevoren vast te stellen welke van de twee richtlijnen van toepassing is.

33. Het lijkt mij echter nuttig erop te wijzen dat het in beginsel uitsluitend aan de nationale rechter staat om zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Het Hof kan slechts weigeren een uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [5]

5 — Arrest van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punten 38 en 39).

34. Van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden is in casu geen sprake. Integendeel, de verwijzende rechter legt duidelijk het verband tussen zijn eerste vraag en het hoofdgeding door aan te geven: „[t]eneinde uit te maken of in casu de bepalingen van besluit 243/1995 dan wel die van besluit 567/1994 toepassing vinden, moet eveneens worden verzocht om een prejudiciële beslissing met betrekking tot de vraag of een aanbesteding als die waarom het thans gaat, [...] binnen de werkingssfeer van een van die richtlijnen valt". Ik meen daarom de eerste vraag van de verwijzende rechter te moeten beantwoorden.

Stellingname van de partijen die opmerkingen hebben ingediend

35. *De stad Helsinki, de Finse regering, de Griekse regering en de Oostenrijkse regering* menen dat richtlijn 93/38 van toepassing is. Hun argumentatie komt in wezen erop neer dat het vervoerbedrijf een onderdeel is van het „stelsel" van de stad Helsinki. Daar de stad Helsinki, met inbegrip van haar vervoerbedrijf, de „overheidsdienst" is als bedoeld in artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 93/38 die een activiteit in de zin van lid 2, sub c, van datzelfde artikel tot taak heeft, is die richtlijn van toepassing.

36. Artikel 2, lid 4, van richtlijn 93/38 is niet in tegenspraak met deze conclusie. Volgens hen is die bepaling namelijk niet van toepassing, omdat uit de verwijzings-

beschikking niet volgt dat andere diensten vrijelijk het busvervoer onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende dienst konden verrichten.

37. *Concordia en de Commissie* menen daarentegen dat richtlijn 92/50 van toepassing is. De Commissie merkt op dat uit de verwijzingsbeschikking volgt dat niet de stad Helsinki, haar commissies of haar inkoopcentrale een net van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer exploiteren, maar de productie-eenheden van het vervoerbedrijf. Deze productie-eenheden, die losstaan van de rest van het vervoerbedrijf, waren echter geen aanbestedende diensten in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht.

38. *De Nederlandse en de Zweedse regering* spreken zich niet uit over de eerste vraag.

39. *De regering van het Verenigd Koninkrijk* meent dat het aan de verwijzende rechter staat om uit te maken welke van de beide richtlijnen, gelet op artikel 2 van richtlijn 93/38, van toepassing is.

Beoordeling

40. Om de eerste vraag te beantwoorden, moet ik de werkingssfeer van richtlijn 93/38 onderzoeken.

41. Artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 93/38 bepaalt dat deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die „overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben".

42. In casu volgt uit de verwijzingsbeschikking dat de commissie voor commerciële diensten van de stad Helsinki belast was met de gunning van opdrachten inzake openbaarvervoerdiensten. De aanbestedende dienst in het hoofdgeding is dus ontegenzeglijk een „overheidsdienst" in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 93/38.

43. Wil richtlijn 93/38 van toepassing zijn, dan is het bovendien noodzakelijk dat deze overheidsdienst „een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten" tot taak heeft. De activiteit die in de onderhavige zaak van belang is, wordt gedefinieerd in artikel 2, lid 2, sub c, te weten „de exploitatie van

netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per [...] bus [...]". Het begrip „net" wordt daarna in de tweede alinea van die bepaling als volgt gedefinieerd: „Ten aanzien van vervoersdiensten wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder voorwaarden die gesteld zijn door een bevoegde instantie van een lidstaat, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst."

44. Dientengevolge is volgens mij richtlijn 93/38 van toepassing op de overheidsdienst die een net exploiteert en voornemens is een aanbesteding te doen in verband met dat net. Ik ben daarentegen van mening dat richtlijn 93/38 niet geldt als een aanbestedende dienst een aanbesteding uitschrijft teneinde dat net zelf door anderen te laten exploiteren.

45. De Oostenrijkse regering, die van mening is dat richtlijn 93/38 van toepassing is omdat „[d]e exploitatie van een openbaar busnet ongetwijfeld een dienstverlening is op het gebied van vervoer in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn [93/38]" en die vaststelt dat „volgens de verwijzingsbeschikking de exploitatie van een dergelijk net voorwerp van de aanbesteding was", lijkt mij de stelling te verdedigen dat richtlijn 93/38 van toepassing is omdat de exploitatie van het net het voorwerp van de litigieuze aanbesteding was.

46. Ik ben echter van mening dat een dergelijke uitlegging van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 geen steun vindt in de bewoordingen van die richtlijn.

47. Er volgt namelijk uit artikel 2, lid 1, dat richtlijn 93/38 alleen van toepassing is als de aanbestedende dienst *een activiteit tot taak heeft*, in dit geval dus „de exploitatie van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per [...] bus [...]" Zoals blijkt uit artikel 2, lid 4, komt deze activiteit in dit geval neer op „[h]et verzorgen van een openbare busdienst".

48. De bewoordingen „exploitatie" en „verzorgen" geven evenwel aan dat de aanbestedende dienst zelf de busdienst moet aanbieden. Wil de aanbestedende dienst geacht worden een netwerk te exploiteren, dan is het derhalve niet voldoende dat hij bijvoorbeeld de te volgen routes of de frequentie van de dienst vaststelt. Uit artikel 2, lid 2, sub c, tweede alinea, volgt namelijk dat het stellen van voorwaarden inzake de te volgen routes etc. niet gelijkstaat aan de exploitatie van een net, maar alleen betekenis heeft voor de structuur of de organisatie ervan. Anders gezegd, *exploiteren* van het net wil zeggen dit net zelf runnen met, in beginsel, eigen personeel en eigen bussen.

49. Hieruit volgt derhalve dat de richtlijn van toepassing is indien de aanbestedende

dienst zelf een busnet exploiteert en in het kader van die activiteit een aanbesteding voor bijvoorbeeld de aankoop van bussen uitschrijft.[6] Als een aanbestedende dienst een aanbesteding uitschrijft die strekt tot *de overdracht van de exploitatie van een net aan een derde,* dan handelt deze dienst daarentegen niet in het kader van de uitoefening van een activiteit die de exploitatie van een net behelst.

50. Deze uitlegging wordt niet alleen bevestigd door artikel 2 van richtlijn 93/38, maar ook door de opsomming van diensten waarop een aanbesteding krachtens diezelfde richtlijn betrekking kan hebben. Dienaangaande verwijzen de artikelen 15 en 16 van de richtlijn naar bijlagen XVI A en XVI B. De diensten die daar in detail worden opgesomd zijn duidelijk diensten ter ondersteuning van de door de aanbestedende dienst uitgeoefende activiteit, zoals die in artikel 2, lid 2, van de richtlijn wordt omschreven. Men zoekt daarentegen aldaar tevergeefs naar een dienst als die welke het voorwerp was van de litigieuze aanbesteding, te weten de exploitatie van een busnet zelf.

51. Daarbij is het volgens mij niet toegestaan de werkingssfeer van richtlijn 93/38 zo extensief uit te leggen dat daaronder ook een aanbesteding valt die een activiteit in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van die richtlijn tot voorwerp heeft.

52. Richtlijn 93/38 vormt immers een uitzondering op de algemene regels die voor opdrachten voor dienstverlening zijn vastgelegd in richtlijn 92/50. Dit wordt bevestigd door het arrest Telaustria en Telefonadress[7], waarin het Hof in punt 33 heeft vastgesteld: „Wanneer een opdracht wordt bestreken door richtlijn 93/38, die een specifieke dienstensector regelt, is richtlijn 92/50, die is bedoeld voor diensten in het algemeen, dus niet van toepassing."

53. Het is vaste rechtspraak dat uitzonderingen strikt moeten worden uitgelegd[8], hetgeen in casu betekent dat een ruime uitlegging van de werkingssfeer van richtlijn 93/38 niet in aanmerking komt.

54. Een aanbesteding die ertoe strekt om aan een derde de exploitatie van een busnet over te dragen, valt dus niet onder richtlijn 93/38, maar veeleer onder richtlijn 92/50, mits aan alle voorwaarden daarvan is voldaan.

6 — Zie dienaangaande arrest van 25 april 1996, Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043). In die zaak had de Société régionale wallonne du transport, als openbaar bedrijf dat een net van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per bus exploiteert, op grond van richtlijn 90/531, die later vervangen is door richtlijn 93/38, voor het plaatsen van een overheidsopdracht tot levering van 307 standaardvoertuigen een openbare aanbesteding uitgeschreven.

7 — Arrest van 7 december 2000 (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745).

8 — Arrest Evans Medical en Macfarlan Smith, reeds aangehaald, punt 48.

55. Deze verduidelijking geeft echter nog geen antwoord op de eerste vraag van de verwijzende rechter. Zoals door mij hierboven is aangegeven, verwijzen verschillende partijen die opmerkingen gemaakt hebben, niet naar het voorwerp van de aanbesteding, maar naar het feit dat het vervoerbedrijf, waartoe HKL behoort, deel uitmaakt van het „stelsel" van de stad Helsinki. Zij leiden daaruit af dat, voorzover er een lijn werd gegund aan HKL, de stad Helsinki een activiteit tot exploitatie van een busnet in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 uitoefent en dat daardoor deze richtlijn van toepassing is.

56. Dit argument kan echter evenmin slagen.

57. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de verwijzende rechter een vraag stelt over de op een bepaalde overheidsopdracht voor een dienstverlening toepasselijke richtlijn. Hij gaat derhalve duidelijk ervan uit dat het in casu gaat om een overheidsopdracht, en deze veronderstelling moet niet in twijfel worden getrokken.

58. Het wezen van een overheidsopdracht voor dienstverlening, ongeacht of daarop richtlijn 92/50 dan wel richtlijn 93/38 van toepassing is, bestaat echter erin dat het gaat om een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst enerzijds en een dienstverlener anderzijds. [9]

59. Omdat anders aan dit essentiële kenmerk van een overheidsopdracht afbreuk zou worden gedaan, moet HKL dus wel worden beschouwd als een lichaam dat losstaat van de stad Helsinki. Te menen dat de stad Helsinki zowel aanbestedende dienst als dienstverlener is, zou namelijk indruisen tegen het begrip overheidsopdracht zelf.

60. Als de stad Helsinki middels haar commissie voor commerciële diensten dus als aanbestedende dienst geldt, dan kan HKL dat per definitie niet zijn. Evenzo geldt dat als HKL de dienstverlener is die het busnet exploiteert, de stad Helsinki deze exploitatie per definitie niet zelf kan uitvoeren. Daar de stad Helsinki dus niet de activiteit van exploitatie van een busnet in de zin van artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38 uitoefent, moet worden vastgesteld dat deze richtlijn niet van toepassing is.

61. Ik geef daarom in overweging op de eerste vraag te antwoorden dat de bepalingen inzake de werkingssfeer van richtlijn 93/38 en in het bijzonder artikel 2, leden 1,

9 — Zie artikelen 1, sub a, van richtlijn 92/50 en 1, punt 4, van richtlijn 93/38.

sub a, 2, sub c, en 4, daarvan niet aldus moeten worden uitgelegd dat deze richtlijn van toepassing is op een door een gemeente als aanbestedende dienst gevolgde procedure voor de aanbesteding van de exploitatie van een stadsbuslijn, wanneer

— de gemeente op haar grondgebied verantwoordelijk is voor de planning, de ontwikkeling, de uitvoering en de overige organisatie van, alsmede voor het toezicht op het openbaar vervoer,

— de gemeente voor bovengenoemde taken beschikt over een openbaarvervoercommissie en een daaronder ressorterend gemeentelijk vervoerbedrijf,

— het gemeentelijk vervoerbedrijf een planningseenheid omvat, die de opdrachten geeft met betrekking tot de voorbereiding van voorstellen voor de openbaarvervoercommissie met betrekking tot de vraag welke lijnen worden uitbesteed en welke kwaliteit voor de diensten wordt vereist, en

— het gemeentelijk vervoerbedrijf productie-eenheden omvat die economisch gezien losstaan van de rest van het vervoerbedrijf, waaronder een eenheid die busvervoerdiensten verricht en aan de desbetreffende aanbestedingen deelneemt.

De tweede prejudiciële vraag

62. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of ingevolge artikel 36, lid 1, van richtlijn 92/50 dan wel artikel 34, lid 1, van richtlijn 93/38 als criteria voor de gunning van de overheidsopdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste offerte ook rekening mag worden gehouden met de geringe stikstofmonoxide-emissies of het lage geluidsniveau, zodat, wanneer de stikstofmonoxide- of geluidsemissies van de bussen beneden een bepaald niveau blijven, voor dat materieel extra punten worden toegekend die meetellen bij de vergelijking van de aanbiedingen.

Stellingname van de partijen die opmerkingen hebben ingediend

63. Volgens *Concordia* moeten ingevolge de bewoordingen van richtlijn 92/50 de beslissingscriteria in het kader van een aanbestedingsprocedure altijd van economische aard zijn. Is het de aanbestedende

dienst erom te doen bepaalde milieu- of andere doelstellingen te verwezenlijken, dan had hij een andere procedure dan die van de openbare aanbesteding moeten volgen.

64. *Alle andere partijen die opmerkingen hebben ingediend* menen daarentegen dat milieucriteria tot de criteria voor de gunning van een overheidsopdracht mogen behoren. Zij verwijzen met name naar artikel 36, lid 1, van richtlijn 92/50 en artikel 34, lid 1, van richtlijn 93/38, waarin slechts bij wijze van voorbeeld elementen worden genoemd waarmee de aanbestedende dienst bij de gunning van een opdracht rekening kan houden, naar artikel 6 EG, dat verlangt dat milieubeleid in de andere beleidsterreinen van de Gemeenschap wordt geïntegreerd, en naar de reeds aangehaalde arresten Beentjes en Evans Medical en Macfarlan Smith, volgens welke de aanbestedende dienst de criteria mag kiezen die hij relevant acht voor de beoordeling van de ingediende aanbiedingen.

65. De verschillende stellingnames zijn echter niet allemaal gebaseerd op dezelfde overwegingen.

66. Zo merkt de *stad Helsinki,* daarbij ondersteund door de *Finse regering,* op dat het in haar belang en dat van haar inwoners is dat de schadelijke uitstoot zo veel mogelijk wordt beperkt. Voor de stad Helsinki zelf, die verantwoordelijk is voor de milieubescherming op haar grondgebied, vloeien daaruit immers rechtstreekse besparingen voort, met name in de sociaal-medische sector, die ongeveer 50 % van haar totale begroting uitmaakt. De factoren die — zelfs in bescheiden mate — bijdragen tot de verbetering van de algemene gezondheidstoestand van de bevolking, maken een snelle en aanzienlijke lastenvermindering mogelijk.

67. De *Griekse regering* voegt daaraan toe dat de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten met betrekking tot de keuze van de criteria voor de gunning van overheidsopdrachten veronderstelt dat die keuze niet willekeurig is en dat de in aanmerking genomen criteria het EG-Verdrag en met name de fundamentele rechtsbeginselen daarvan, zoals het recht van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, niet schenden.

68. De *Nederlandse regering* preciseert dat de door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriteria in ieder geval een economische dimensie dienen te hebben. Zij meent echter dat aan deze voorwaarde in het hoofdgeding is voldaan, omdat de stad Helsinki zowel de aanbesteder is als de entiteit die financieel verantwoordelijk is voor het milieubeleid.

69. Volgens de *Oostenrijkse regering* stellen de richtlijnen inzake het plaatsen van

overheidsopdrachten twee wezenlijke beperkingen aan de keuze van de gunningscriteria. Enerzijds moeten de door de aanbestedende dienst gekozen criteria verband houden met de te gunnen opdracht en het mogelijk maken te bepalen welke voor hem de economisch voordeligste aanbieding is. Anderzijds moeten die criteria op objectieve basis als richtsnoer kunnen dienen voor de aan de aanbestedende dienst verleende beoordelingsbevoegdheid en geen willekeurige keuzeaspecten bevatten.

70. Bovendien moeten de gunningscriteria rechtstreeks verband houden met het voorwerp van de opdracht, objectief meetbare effecten hebben, en in economisch opzicht kwantificeerbaar zijn.

71. In diezelfde richting gaat ook het argument van de *Zweedse regering* dat de keuze die de aanbestedende dienst kan maken, beperkt is, voorzover de gunningscriteria verband moeten houden met de te gunnen opdracht en geschikt moeten zijn om te bepalen welke de in economisch opzicht voordeligste offerte is. Deze criteria moeten tevens in overeenstemming zijn met de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten.

72. Volgens de *regering van het Verenigd Koninkrijk* moeten de artikelen 36, lid 1, van richtlijn 92/50 en 34, lid 1, van richtlijn 93/38 aldus worden uitgelegd dat een autoriteit of een aanbestedende dienst bij de organisatie van een gunningsprocedure voor de exploitatie van een buslijn, naast de andere gunningscriteria voor de opdracht ook rekening kan houden met milieucriteria om te bepalen welke de economisch voordeligste offerte is, voorzover deze criteria een vergelijking van alle aanbiedingen mogelijk maken, verband houden met de te verrichten dienst, en van tevoren bekend zijn gemaakt.

73. Ten slotte staat de *Commissie* op het standpunt dat de gunningscriteria die in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling welke de economisch voordeligste aanbieding is, aan vier voorwaarden moeten voldoen. Die criteria moeten:

— objectief zijn,

— toepasbaar zijn op alle aanbiedingen,

— nauw verbonden zijn met het voorwerp van de betrokken opdracht, en

— een rechtstreeks economisch voordeel voor de aanbestedende dienst meebrengen.

Beoordeling

74. Om de tweede vraag te beantwoorden, moeten eerst de bewoordingen van richtlijn 92/50, die ik in casu van toepassing acht, worden onderzocht.

75. Ingevolge artikel 36, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 „kunnen de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, zijn, [...] indien gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren al naar gelang van de aard van de opdracht, *zoals* [10] de kwaliteit, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de klantenservice en technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering, en de prijs".

76. De stad Helsinki voert aan dat de criteria inzake de stikstofmonoxide- en geluidsemissies onder de uitdrukkelijk in voormelde bepaling genoemde categorieën van „kwaliteit" en „technisch waarde" vallen. De Commissie verwijst in de tekst van het door haar voorgestelde antwoord op de tweede vraag naar „bepaalde kenmerken van het materieel".

10 — Cursivering van mij.

77. Naar mijn mening is het volstrekt juist om de kwestie vanuit die invalshoek te bekijken. De emissiecriteria zijn onlosmakelijk verbonden met de gesteldheid van het materieel dat de stad Helsinki voor de busdienst ingezet wil zien. Er kan een aanbestedende dienst niet worden verboden om het gebruik voor te schrijven van materieel dat aan de meest geavanceerde stand van de techniek („state of art") beantwoordt, ook al wordt door hem daarbij vooral belang gehecht aan een van de kenmerken van het materieel, namelijk die inzake gasemissies en motorgeluid.

78. Meer in het algemeen moet worden opgemerkt dat als de stad Helsinki direct in de aanbesteding had aangegeven dat de exploitatie van het net uitsluitend diende te geschieden met bussen die op aardgas rijden, er sprake was geweest van een „technisch voorschrift" aangaande de „kenmerken van de diensten die het voorwerp van de opdracht vormen" in de zin van het groenboek van de Commissie van 1996 [11], dat zijzelf heeft aangehaald.

79. De Commissie haalt ook haar mededeling over „De overheidsopdrachten in de Europese Unie" [12] aan, waarin zij had aangegeven:

„Algemeen gezien kan ieder overheidsorgaan dat dat wenst, de producten en

11 — De overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid [COM(96) 583 def.], van 27 november 1996, paragraaf 5.49.

12 — [COM(98) 143 def] van 11 maart 1998.

diensten die het wenst te kopen zo omschrijven dat het de goederen en diensten verkrijgt die overeenkomen met zijn bekommernis met het milieu. Daarbij dient het vanzelfsprekend overeenkomstig de regels en beginselen van het Verdrag te handelen en met name het non-discriminatiebeginsel te respecteren."

80. Wie echter het meerdere mag, mag ook het mindere. Als de aanbestedende dienst het recht heeft te bepalen dat de bussen op aardgas moeten rijden, dan mag hij ook in het kader van de gunningscriteria een bepaald aantal punten aan bedrijven toekennen die op de buslijn bussen kunnen inzetten die aan buitengewoon strenge milieunormen voldoen en waaraan alleen de bussen die op aardgas rijden kunnen voldoen.

81. Volgens mij zou alleen op grond van deze overwegingen de kwestie al kunnen worden beslist.

82. Mocht het Hof echter van oordeel zijn dat de litigieuze criteria op zogezegd abstracte wijze, dat wil zeggen ongeacht de daaraan ten grondslag liggende techniek, onderzocht moeten worden, dan kan men volgens mij uit artikel 36, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 en vooral uit de bij wijze van voorbeeld opgesomde criteria afleiden dat de richtlijnen niet a priori de eventuele toepassing van een milieucriterium als waar het in casu om gaat, bij de gunning van een overheidsopdracht uitsluiten. Om evenwel te bepalen in hoeverre met zo'n criterium rekening mag worden gehouden, is het echter nuttig de rechtspraak van het Hof inzake deze dan wel soortgelijke voorschriften te behandelen.

83. De twee arresten waarnaar partijen het meest hebben verwezen, zijn de reeds aangehaalde arresten Beentjes en Evans Medical en Macfarlan Smith.

84. In het arrest Beentjes moest het Hof in het kader van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [13] oordelen over de uitsluiting van een inschrijver op grond van het feit dat deze niet in staat zou zijn om langdurig werkelozen in te zetten. Dienaangaande heeft het eerst vastgesteld „dat een dergelijke voorwaarde geen verband houdt met de toetsing van de geschiktheid van de aannemers aan de hand van hun economische, financiële en technische capaciteit, noch met de gunningscriteria waarvan in artikel 29 van de richtlijn sprake is". [14]

85. Het Hof heeft de voorwaarde evenwel niet onverenigbaar geacht met richtlijn

13 — PB L 185, blz. 5.
14 — Arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 28.

71/305. Het heeft namelijk vervolgens aangegeven dat „[b]lijkens voornoemd arrest van 9 juli 1987 [CEI en Bellini [15]] [...] een dergelijke voorwaarde slechts verenigbaar [is] met de richtlijn, indien zij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigt en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten". [16]

86. Bovendien geldt volgens het Hof: „Ook indien de hiervoor besproken criteria op zich niet onverenigbaar zijn met de richtlijn, moeten zij worden toegepast met inachtneming van alle procedurevoorschriften van de richtlijn, in het bijzonder de bepalingen inzake bekendmaking." [17]

87. Vervolgens heeft het Hof in het arrest Evans Medical en Macfarlan Smith, onder verwijzing naar het arrest Beentjes, geoordeeld dat „de aanbestedende diensten bij de keuze van de economisch voordeligste aanbieding [kunnen] kiezen, welke gunningscriteria zij zullen toepassen, doch [...] die keuze enkel betrekking [kan] hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding". [18] Het heeft daaruit afgeleid dat „de zekerheid van bevoorrading één van de criteria kan zijn, die ingevolge artikel 25 van [...] richtlijn [77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen [19], zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 [20]] in aanmerking moeten worden genomen bij de bepaling van de economisch voordeligste aanbieding [...]". [21]

88. Behalve met deze twee arresten moet in het kader van deze analyse rekening worden gehouden met het recente arrest van 26 september 2000, Commissie/Frankrijk [22], waarin het Hof heeft geoordeeld:

„In de eerste plaats zij eraan herinnerd, dat overeenkomstig artikel 30, lid 1, van richtlijn 93/37 de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, hetzij alleen de laagste prijs, hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria zijn die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de technische waarde.

Niettemin sluit deze bepaling niet elke mogelijkheid voor de aanbestedende diensten uit om een voorwaarde in verband met de bestrijding van de werkloosheid als

15 — 27/86—29/86, Jurispr. blz. 3347.

16 — Arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 29.

17 — Arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 31.

18 — Arrest Evans Medical en Macfarlan Smith, reeds aangehaald, punt 42.

19 — PB 1977, L 13, blz. 1.

20 — PB L 127, blz. 1.

21 — Arrest Evans Medical en Macfarlan Smith, reeds aangehaald, punt 44.

22 — C-225/98, Jurispr. blz. I-7445.

criterium te hanteren, mits deze voorwaarde alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigt, met name het discriminatieverbod zoals dat voortvloeit uit de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten (zie, in die zin, arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 29).

Bovendien, ook al is een dergelijk criterium op zich niet onverenigbaar met richtlijn 93/37, dan nog moet de toepassing ervan geschieden met inachtneming van alle procedurevoorschriften van voornoemde richtlijn, in het bijzonder de daarin vervatte bepalingen inzake bekendmaking (zie, in die zin, voor wat betreft richtlijn 71/305, arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 31). Hieruit volgt, dat een gunningscriterium in verband met de bestrijding van de werkloosheid uitdrukkelijk in de aankondiging van de opdracht moet worden vermeld, opdat de aannemers van het bestaan ervan kennis kunnen nemen (zie, in die zin, arrest Beentjes, reeds aangehaald, punt 36)." [23]

89. Hoewel deze arresten betrekking hebben op richtlijnen betreffende overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (arresten Beentjes en Commissie Frankrijk, beide reeds aangehaald) en leveringen (arrest Evans Medical en Macfarlan Smith, reeds aangehaald), is de redenering van het Hof ontegenzeglijk van toepassing op de richtlijnen voor overheidsopdrachten voor dienstverlening.

90. Zoals het Hof namelijk al heeft vastgesteld in het arrest Evans Medical en Macfarlan Smith is „[d]eze rechtspraak [Beentjes], die betrekking heeft op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, [...] eveneens van toepassing op overheidsopdrachten voor leveringen, aangezien in dit opzicht tussen deze beide soorten van opdrachten geen verschil bestaat". [24] Datzelfde verschil is er ook niet ten aanzien van overheidsopdrachten voor dienstverlening.

91. Wat betreft de toepassing van deze rechtspraak op de onderhavige kwestie lijkt mij dat ontegenzeglijk uit de reeds aangehaalde arresten kan worden afgeleid dat een milieucriterium kan behoren tot de criteria voor de gunning van een opdracht voor dienstverlening. Hetgeen de voormelde arresten Beentjes en Commissie/Frankrijk volgens mij namelijk gemeen hebben, is dat het Hof in beide gevallen de rechtmatigheid heeft erkend van het feit dat een criterium dat het algemeen belang dient, tot de criteria voor de gunning van een overheidsopdracht behoort. Ging het in het arrest Beentjes om een verplichting voor de inschrijver om langdurig werklozen in te zetten, in het arrest Commissie/Frankrijk betrof het een voorwaarde die verband hield met een lokale maatregel ter bestrijding van de werkeloosheid.

92. Er kan evenwel niet worden betwist dat de bescherming van het milieu ook een criterium is dat het algemeen belang dient. Dienaangaande volstaat het te verwijzen

23 — Arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punten 49-51.

24 — Arrest Evans Medical en Macfarlan Smith, reeds aangehaald, punt 43.

naar artikel 6 EG, volgens hetwelk „[d]e eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap, als bedoeld in artikel 3, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling".

93. De gedachte dat criteria die het algemeen belang dienen tot de gunningscriteria voor een overheidsopdracht kunnen behoren, lijkt mij overigens te beantwoorden aan een zekere, zelfs stellige logica. Daar de overheidsautoriteiten per definitie geroepen zijn het algemeen belang te dienen, moeten zij zich ook daardoor kunnen laten leiden bij de gunning van een overheidsopdracht.

94. Dit zo zijnde, zijn er natuurlijk wel beperkingen aan de mogelijkheid om een criterium van algemeen belang, zoals een milieucriterium, bij de criteria voor de gunning van een opdracht op te nemen.

95. Ik leid uit de arresten Beentjes en Commissie/Frankrijk twee beperkingen af.

96. In de eerste plaats moet het criterium alle fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name het discriminatieverbod zoals dat voortvloeit uit de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten. [25]

97. In de tweede plaats moeten bij de toepassing van het criterium alle procedurevoorschriften van de relevante richtlijn in acht worden genomen, in het bijzonder de bepalingen daarvan inzake bekendmaking. [26] Hieruit volgt, overeenkomstig het oordeel van het Hof in de arresten Beentjes [27] en Commissie/Frankrijk [28], dat het gunningscriterium uitdrukkelijk in de aankondiging van de opdracht moet worden vermeld, zodat de aannemers van het bestaan ervan kennis kunnen nemen.

98. Mijns inziens zijn deze beide beperkingen ook van toepassing wanneer het erom gaat een milieucriterium bij de criteria voor de gunning van een opdracht op te nemen. Deze beperkingen zijn ontegenzeglijk noodzakelijk in die zin dat door de eerste wordt vermeden dat uit naam van het algemeen belang de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht niet meer geëerbiedigd worden, terwijl door de tweede de gelijke behandeling van alle inschrijvers wordt gewaarborgd, hetgeen juist ten grondslag ligt aan de regeling inzake overheidsopdrachten. [29] Onder voorbehoud van deze

25 — Arresten Beentjes, reeds aangehaald, punt 29, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 50.

26 — Arresten Beentjes, reeds aangehaald, punt 31, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 51.

27 — Punt 36.

28 — Punt 51.

29 — Arresten van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, „Storebaelt", (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 33) en Commissie/België, reeds aangehaald, punt 51.

twee beperkingen is er mijns inziens niets op tegen dat met een criterium dat het algemeen belang dient, zoals een milieucriterium, rekening wordt gehouden.

99. Verscheidene partijen die opmerkingen hebben gemaakt, hebben nog andere voorwaarden aangevoerd waaraan volgens hen voldaan zou moeten worden, wil een milieucriterium kunnen behoren tot de criteria voor de gunning van een overheidsopdracht.

100. Bepaalde partijen hebben benadrukt dat het milieucriterium van economische aard moest zijn. Zo meent de Nederlandse regering dat het criterium enkel valabel is wanneer het een economische dimensie heeft. Volgens de Oostenrijkse regering moet het criterium objectief meetbare economische voordelen opleveren en de Commissie stelt dat het criterium een rechtstreeks economisch voordeel voor de aanbestedende dienst moet meebrengen.

101. Al kan ik mij achter de door verscheidene partijen verdedigde stelling scharen, dat het milieucriterium in casu een economisch voordeel oplevert voor de stad Helsinki, dan nog kan een milieucriterium volgens mij tot de gunningscriteria behoren zonder dat behoeft te worden aangetoond dat dit criterium een economische dimensie heeft dan wel een — al dan niet direct — economisch voordeel voor de aanbestedende dienst oplevert.

102. Weliswaar dient te worden toegegeven dat het Hof in het arrest Evans Medical en Macfarlan Smith heeft vastgesteld dat „de aanbestedende diensten bij de keuze van de economisch voordeligste aanbieding [kunnen] kiezen, welke gunningscriteria zij zullen toepassen, doch [..] die keuze enkel betrekking [kan] hebben op criteria ter bepaling van de *economisch* [30] voordeligste aanbieding". [31]

103. Volgens mij kan uit het feit dat de aanbestedende dienst de *economisch* voordeligste aanbieding moet bepalen, echter niet worden afgeleid dat ieder criterium noodzakelijkerwijs van economische aard moet zijn of een economische dimensie moet hebben.

104. Als naar artikel 36, lid 1, van richtlijn 92/50 wordt gekeken, dan mag de aanbestedende dienst bijvoorbeeld met de „esthetische kenmerken" van een product als criterium rekening houden. Een esthetisch criterium kan volgens mij moeilijk van economische aard zijn, tenzij het begrip „economisch" buitengewoon ruim wordt uitgelegd. A fortiori is niet in te zien welk rechtstreeks economisch voordeel dat criterium voor de aanbestedende dient zou kunnen meebrengen.

105. Overigens zijn wij ons allen, zeker sinds de discussie over het protocol van

30 — Cursivering van mij.
31 — Punt 42.

Kyoto, ervan bewust dat de milieubescherming van grote betekenis is voor de gehele wereld. Het lijkt mij daarom niet gerechtvaardigd, een milieucriterium slechts toe te staan als dit een economisch voordeel oplevert voor de betrokken aanbestedende dienst. Een milieucriterium is ook gerechtvaardigd als het een voordeel voor anderen dan de aanbestedende dienst of het milieu in het algemeen oplevert.

106. Dat deze voorwaarde, zoals die in het bijzonder door de Commissie wordt verlangd, niet passend is, wordt volgens mij ten slotte ook bevestigd door een antwoord van de Commissie op een ter terechtzitting gestelde vraag. Op de vraag in hoeverre het feit dat aan inschrijvers die voor de lijn lagevloerbussen kunnen aanbieden extra punten worden toegekend, zoals in casu was gebeurd, een rechtstreeks economisch voordeel voor de stad Helsinki meebrengt, heeft de Commissie geantwoord dat daardoor de inkomsten voor de aanbestedende dienst zouden toenemen, in die zin dat gehandicapten en bejaarden dan meer de bus konden nemen.

107. Afgezien van het feit dat het daarbij hoogstens om een indirect voordeel zou gaan, lijkt het mij juister om in het bevorderen van het inzetten van lagevloerbussen eerder een dienstverlening aan bepaalde bevolkingscategorieën te zien dan een middel ter verhoging van de inkomsten van de aanbestedende dienst.

108. De Oostenrijkse en de Zweedse regering, alsook de Commissie voeren ook aan dat het criterium verband moet houden met het voorwerp van de opdracht. Voor de Oostenrijkse regering betekent dit dat het criterium betrekking moet hebben op de te verlenen dienst of de wijze van uitvoering daarvan. Volgens de Commissie moet het criterium zelfs nauw verbonden zijn met het voorwerp van de opdracht.

109. In casu is aan dit criterium duidelijk voldaan.

110. Toch kan men zich afvragen of het stellen van deze voorwaarde gerechtvaardigd is. In het arrest Commissie/Frankrijk heeft het Hof vastgesteld dat een gunningscriterium inzake de werkgelegenheid, dat verband hield met een lokale maatregel ter bestrijding van de werkeloosheid, onder voorbehoud van de twee door mij hierboven uiteengezette beperkingen een geldig criterium was. Datzelfde was het geval in het arrest Beentjes waarin het Hof een voorwaarde die verband hield met het inzetten van langdurig werkelozen, aanvaardbaar achtte.

111. Het ging in beide gevallen echter om een opdracht voor de uitvoering van werken. Die werken hadden net zo goed door niet-werklozen kunnen worden uitgevoerd. De gestelde voorwaarde hield dus geen verband met het voorwerp van de opdracht, dat wil zeggen met de aard van de uit te voeren werken.

112. Ik leid hieruit af dat van een milieucriterium, net als van een criterium betreffende de werkgelegenheid, niet vereist kan worden dat het verband of zelfs nauw verband houdt met het voorwerp van de opdracht.

113. Ten slotte benadrukt de Commissie nog dat het criterium objectief en toepasbaar op alle aanbiedingen moet zijn.

114. Alhoewel het de vraag kan zijn hoe een criterium betreffende het esthetische kenmerk van een aanbieding, dat artikel 36 van richtlijn 92/50 toestaat, op objectieve wijze kan worden omschreven, volstaat de vaststelling dat in casu de criteria betreffende de stikstofmonoxide-emissies en het geluidsniveau duidelijk aan deze voorwaarde voldoen.

115. Zij zijn kwantificeerbaar dan wel meetbaar en laten de aanbestedende dienst geen ruimte voor een subjectieve beoordeling.

116. De voorwaarde van de toepasbaarheid van het criterium op alle aanbiedingen gaat op in de eerste door het Hof aanvaarde beperking, dat het gunningscriterium alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht moet eerbiedigen, *en met name het discriminatieverbod* zoals dat voortvloeit uit de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten. [32]

117. Uit het bovenstaande volgt dat een criterium dat verband houdt met de bescherming van het milieu tot de criteria voor de gunning van een opdracht kan behoren, mits dit criterium de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigt, met name het discriminatieverbod en de vier vrijheden, en wordt toegepast met inachtneming van alle procedurevoorschriften van de richtlijn, in het bijzonder de bepalingen daarvan inzake bekendmaking.

118. Alvorens deze kwestie af te sluiten, moet nog kort worden ingegaan op een gemeenschappelijk standpunt van de Nederlandse regering, de Oostenrijkse regering en de Commissie aangaande de vraag of criteria betreffende „kwaliteits- en milieuprogramma's" van ondernemers in aanmerking genomen mogen worden in het kader van de beoordeling van de economisch voordeligste aanbieding.

119. Volgens mij valt deze kwestie buiten het kader van de onderhavige prejudiciële verwijzing.

32 — Arresten Beentjes, reeds aangehaald, punt 29, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 50.

120. Dienaangaande moet verwezen worden naar de vraag zoals die door de verwijzende rechter is geformuleerd. Hij vraagt of de stad Helsinki „[...] als criteria voor de gunning van de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding *niet alleen*[33] rekening mag houden met de prijs van de aanbieding, de kwaliteits- en milieumaatregelen van de vervoerondernemer en verscheidene andere kenmerken van het materieel, *doch ook*[34] met de geringe stikstofmonoxide-emissies of het lage geluidsniveau [...]".

121. Het is dus duidelijk dat de verwijzende rechter het Hof geen vraag stelt over de toelaatbaarheid als gunningscriterium van „de prijs van de aanbieding, de kwaliteits- en milieumaatregelen van de vervoerondernemer en verscheidene andere kenmerken van het materieel", maar alleen over de toelaatbaarheid van het criterium van „de geringe stikstofmonoxide-emissies of het lage geluidsniveau".

122. Overigens geeft de verwijzende rechter aan dat HKL en Concordia evenveel punten hebben gekregen voor het criterium inzake „de milieu- en kwaliteitsmaatregelen van de vervoerondernemer". De vraag of dit criterium toelaatbaar is, is dus niet relevant voor de beslissing in het hoofdgeding en ik stel daarom voor deze niet te behandelen.

123. Op grond van deze overwegingen stel ik voor de verwijzende rechter te antwoorden dat de communautaire regeling betreffende overheidsopdrachten, en in het bijzonder artikel 36, lid 1, van richtlijn 92/50, aldus moet worden uitgelegd dat een gemeente als aanbestedende dienst bij de organisatie van een aanbesteding voor de exploitatie van een stadsbuslijn, als criteria voor de gunning van de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding rekening mag houden met een criterium als dat in casu, dat betrekking heeft op de geringe stikstofmonoxide-emissies of het lage geluidsniveau. Dit criterium moet worden toegepast met inachtneming van de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht, met name het discriminatieverbod en de vier vrijheden, en alle procedurevoorschriften van de toepasselijke richtlijn, in het bijzonder de bepalingen daarvan inzake bekendmaking.

De derde prejudiciële vraag

124. Met zijn derde vraag wil de rechter weten of het criterium dat verband houdt met de bescherming van het milieu, evenwel niet is toegestaan als tevoren bekend is dat het eigen busvervoerbedrijf van de aanbestedende gemeente in staat is materieel ter beschikking te stellen dat aan de gestelde voorwaarden voldoet, en door omstandigheden maar weinig andere busvervoerbedrijven in dat geval verkeren.

33 — Cursivering van mij.
34 — Cursivering van mij.

Stellingname van de partijen die opmerkingen hebben ingediend

125. *Concordia* betoogt dat de mogelijkheid om bussen te gebruiken die op aardgas rijden, in de praktijk de enige bussen die aan het extra criterium van geringe stikstofmonoxide-emissies en een laag geluidsniveau voldeden, uiterst beperkt was. Ten tijde van de aanbesteding was er op Fins grondgebied namelijk slechts één tankstation dat aardgas leverde. De capaciteit van dit tijdelijke station volstond om ongeveer vijftien aardgasbussen van brandstof te voorzien. Vlak vóór de litigieuze aanbesteding heeft HKL echter een order geplaatst voor elf nieuw aardgasbussen, waardoor de capaciteit van het tankstation volledig werd benut en het niet mogelijk was andere voertuigen daar van brandstof te voorzien. Bovendien was het enige bestaande tankstation slechts van tijdelijke aard. Concordia acht het onzinnig te veronderstellen dat vervoerbedrijven miljoenen zouden investeren in de aankoop van nieuwe voertuigen die zij niet konden gebruiken of waarvan althans het gebruik erg onzeker was.

126. Concordia komt tot de slotsom dat HKL de enige inschrijver was die de reële mogelijkheid had om aardgasbussen aan te bieden. Hieruit volgt dat de litigieuze aanbesteding, door het stellen van strengere normen dan de Euro 2-norm, geen ander doel had dan de eigen productie-eenheid van de aanbesteder te bevoordelen. Zij geeft derhalve in overweging op de derde vraag te antwoorden dat het ontoelaatbaar is om extra punten toe te kennen op basis van de stikstofmonoxide-emissies en het lage geluidsniveau van de bussen, althans wanneer niet alle marktdeelnemers van de betrokken sector de — zelfs theoretische — mogelijkheid om diensten aan te bieden die recht geven op die extra punten.

127. De *stad Helsinki* voert om te beginnen aan dat zij geenszins verplicht was haar busvervoer aan de aanbestedingsprocedure te onderwerpen, noch uit hoofde van de communautaire regeling noch uit hoofde van de Finse wetgeving. Aangezien een aanbesteding immers altijd extra werk en kosten meebrengt, had zij geen enkele redelijke grond om deze aanbesteding te organiseren, indien zij had geweten dat alleen haar eigen onderneming materieel kon aanbieden dat aan de gestelde voorwaarden voldeed, of indien zij werkelijk zelf die vervoersdiensten had willen verrichten.

128. Daarbij is HKL tot op heden relatief de grootste verliezer van de aanbestedingen en heeft juist Concordia haar marktaandeel in Helsinki het meest vergroot. In de lente van 1999 heeft Concordia voorts de opdracht gekregen voor lijn 15 van het net,

waarvoor het gebruik van bussen die op aardgas rijden werd voorgeschreven. Dit is door Concordia ter terechtzitting bevestigd, waarmee zij dus zelf aantoont dat alle deelnemers altijd, voorzover zij dat wilden, de mogelijkheid hebben gehad om bussen die op aardgas rijden te verwerven.

129. De *Finse regering* meent dat het uiteindelijk de taak is van de nationale rechter om de objectiviteit van de criteria die in de litigieuze aanbesteding zijn vastgesteld, te beoordelen.

130. De *Griekse regering* meent dat de derde vraag bevestigend beantwoord dient te worden.

131. De *Nederlandse regering* betoogt dat uit de rechtspraak van het Hof [35] volgt dat de gunningscriteria objectief dienen te zijn en dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de inschrijvers.

132. In de punten 32 en 33 van het arrest Fracasso en Leitschutz heeft het Hof wel-

35 — Arresten van 16 september 1999, Fracasso en Leitschutz (C-27/98, Jurispr. blz. I-5697, punten 30 en 31), en Commissie/Denemarken, reeds aangehaald.

iswaar geoordeeld dat wanneer aan het eind van een procedure voor het plaatsen van opdrachten slechts één aanbieding overblijft, de aanbestedende dienst niet gehouden is de opdracht te gunnen aan de enige inschrijver die geschikt is bevonden om aan de procedure deel te nemen. Daaruit volgt dus echter niet dat, ingeval er op grond van de gehanteerde gunningscriteria slechts één inschrijver overblijft, die criteria ongeoorloofd zouden zijn.

133. De verwijzende rechter moet volgens de Nederlandse regering bepalen of in het hoofdgeding de daadwerkelijke mededinging in gevaar is gekomen.

134. Volgens de *Oostenrijkse regering* leveren de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gunningscriteria in beginsel geen probleem op, zelfs wanneer, zoals in casu, slechts een relatief beperkt aantal inschrijvers in staat is daaraan te voldoen.

135. Ingevolge de tiende overweging van de considerans van richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening,

overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk overheidsopdrachten voor de uitvoeringen van werken[36], mogen de aanbestedende diensten bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht advies vragen of aanvaarden, mits een dergelijk advies niet leidt tot uitschakeling van de mededinging.

136. Volgens de Oostenrijkse regering kan zowel uit deze overweging van de considerans als uit de beginselen die ten grondslag liggen aan de richtlijnen inzake overheidsopdrachten worden afgeleid dat de ondernemingen die direct of indirect bij de voorbereiding van een aanbesteding zijn betrokken, evenals de daarmee verbonden ondernemingen, voorzover daarbij sprake is van een zeggenschapsverhouding, uitgesloten moeten worden van de aanbestedingsprocedure voorzover door hun deelname de mededinging wordt uitgeschakeld.

137. De waarborging van het beginsel van vrije en eerlijke mededinging en van de gelijke behandeling van alle kandidaten en inschrijvers in de zin van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten zou in gevaar kunnen worden gebracht ingeval een van de concurrenten in een aanbesteding direct of indirect betrokken zou zijn bij de voorbereiding van die aanbesteding.

138. De Oostenrijkse regering leidt daaruit af dat in het hoofdgeding HKL van de aanbestedingsprocedure zou moeten worden uitgesloten, als zij ten gevolge van de organisatorische band tussen haar en de stad Helsinki in wat voor vorm dan ook invloed heeft kunnen uitoefenen op de omschrijving van het aan de aanbesteding ten grondslag liggende project en haar betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbesteding aldus de mededinging zou uitschakelen.

139. De *Zweedse regering* betoogt dat het criterium betreffende de emissies, zoals het in het hoofdgeding is gehanteerd, in het voordeel is van de inschrijver die beschikt over bussen die op gas of op alcohol rijden. Volgens haar was er voor de andere inschrijvers echter geen beletsel om ook dergelijke bussen aan te schaffen. Die voertuigen zijn sinds vele jaren in de handel.

140. Extra punten op grond van de geringe stikstofmonoxide-emissies en het lage geluidsniveau vormen geen rechtstreekse discriminatie, maar worden zonder onderscheid toegekend. Deze toekenning van extra punten lijkt evenmin indirect discriminerend in die zin dat HKL er noodzakelijkerwijs door zou worden bevoordeeld. Daarom is deze toekenning van extra punten ook geen belemmering voor het vrije verkeer van goederen en diensten en evenmin voor de vrijheid van vestiging.

36 — PB L 328, blz. 1.

141. Volgens de *regering van het Verenigd Koninkrijk* verbiedt richtlijn 93/38 niet dat bij de beoordeling van de aanbiedingen extra punten worden toegekend wanneer van tevoren bekend is dat mogelijk maar weinig ondernemingen die extra punten kunnen krijgen, voorzover de aanbestedende dienst deze mogelijkheid om dergelijke extra punten te krijgen in het stadium van de aankondiging van de opdracht bekend heeft gemaakt.

142. De *Commissie* wijst erop dat ingevolge de rechtspraak van het Hof [37] de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel voortvloeit uit de hoofddoelstelling van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, hetgeen betekent dat de mededingingsvoorwaarden tussen de inschrijvers niet vervalst mogen worden.

143. Gelet echter op de uiteenlopende zienswijzen van de partijen in het hoofdgeding acht de Commissie zich niet in staat te bepalen of de in casu gehanteerde criteria al dan niet het gelijkheidsbeginsel schenden. Het staat derhalve aan de verwijzende rechter om hierover te beslissen en op grond van objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen te bepalen of die criteria uitsluitend zijn toegepast om HKL te kunnen kiezen dan wel of zij met dat doel zijn vastgesteld.

37 — Zie arresten Commissie/ België en Commissie/Denemarken, reeds aangehaald.

Beoordeling

144. De verwijzende rechter vraagt of de toekenning van punten voor kenmerken betreffende de stikstofmonoxide-emissies en het geluidsniveau van het materieel „niet is toegestaan [...] wanneer tevoren bekend is, dat het eigen busvervoerbedrijf van de aanbestedende gemeente [...] in staat is materieel ter beschikking te stellen dat de genoemde kenmerken vertoont, en door omstandigheden maar weinig andere busvervoerbedrijven in dat geval verkeren".

145. Deze vraag komt erop neer of in de hier genoemde omstandigheden het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Ik zal achtereenvolgens nagaan of dit beginsel geschonden wordt

— ingeval alleen één onderneming [38] aan het litigieuze gunningscriterium kan voldoen;

— ingeval het daarbij bovendien gaat om een eigen onderneming van de aanbestedende dienst.

38 — Hetgeen geldt voor slechts één onderneming, zal a fortiori gelden ingeval er „weinig andere ondernemingen" aan het criterium kunnen voldoen.

146. Wat betreft het eerste punt deel ik de opvatting van de Zweedse regering dat er in de omstandigheden als die van het hoofdgeding geen directe noch indirecte discriminatie van de potentiële inschrijvers is.

147. Het litigieuze criterium was zonder onderscheid toepasbaar op alle aanbiedingen en is naar het schijnt overeenkomstig de voorschriften van de richtlijn gepubliceerd.

148. Om te beslissen of het litigieuze criterium een vorm van indirecte discriminatie jegens Concordia was, volstaat voorts niet de vaststelling dat Concordia anders was behandeld dan HKL, in die zin dat aan deze laatste punten zijn toegekend die Concordia niet heeft gekregen.

149. Uit vaste rechtspraak volgt namelijk dat het gelijkheidsbeginsel verlangt dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en dat ongelijke situaties niet op identieke wijze worden behandeld, tenzij een dergelijk verschil objectief gerechtvaardigd is. [39]

150. Onder voorbehoud van het door de verwijzende rechter in deze te geven oordeel, meen ik dat beide ondernemingen in casu alleen verschillend zijn behandeld omdat zij zich niet in dezelfde situatie bevonden: de ene onderneming kon het verlangde materieel aanbieden en de andere niet.

151. Ten slotte kan de toepassing van het criterium dat aanleiding heeft gegeven voor een verschillende toekenning van punten, alleen dan worden geacht te duiden op een discriminerende handelwijze, wanneer mocht blijken dat dit criterium, gelet op de aard van de opdracht en de behoeften van de aanbestedende dienst, objectief gezien niet gerechtvaardigd was.

152. Zoals hierboven al is gebleken, kan een aanbestedende dienst niet het recht worden ontzegd te verlangen dat de betrokken dienstverlening geschiedt met gebruik van materieel dat aan de meest geavanceerde stand van de techniek beantwoordt.

153. Zou dit anders zijn, dan zou de aanbestedende dienst verplicht worden bij het vaststellen van de criteria rekening te houden met de potentiële inschrijvers. Omdat iedere aanbesteding een hele reeks van criteria [40] omvat, zou de aanbestedende

39 — Zie bijvoorbeeld arresten van 17 juli 1963, Italië/Commissie (13/63, Jurispr. blz. 349, punt III, 4a); 13 december 1984, Sermide (106/83, Jurispr. blz. 4209, punt 28); 20 september 1988, Spanje/Raad (203/86, Jurispr. blz. 4563, punt 25), en 13 december 1994, SMW Winzersekt (C306/93, Jurispr. blz. I-5555, punt 30).

40 — In casu zijn bijvoorbeeld ook extra punten toegekend aan inschrijvers die bussen met een aan de voorkant verlaagde vloer of volledig verlaagde vloer aanboden.

dienst dus moeten nagaan aan welke criteria daarvan slechts door een enkele inschrijver voldaan kan worden en deze dan voor zijn voorgenomen aanbesteding moeten laten vervallen. Het is immers mogelijk dat de ene inschrijver niet aan het ene en de andere inschrijver weer niet aan het andere criterium kan voldoen.

154. Een dergelijke aanpak zou echter niet alleen resulteren in een soort „neerwaartse nivellering" van de gunningscriteria door schrapping van alle werkelijk selectieve criteria. Hij zou ook aan het door het Hof erkende recht van de aanbestedende dienst om de criteria voor de gunning van een opdracht vrij te mogen kiezen[41], iedere inhoud ontnemen. Welbeschouwd zou volgens mij het feit dat bij de vaststelling van de criteria rekening werd gehouden met de inschrijvers, lijnrecht ingaan tegen het gelijkheidsbeginsel. Als een aanbestedende dienst een criterium voor de aanbesteding zou laten vervallen omdat een of meer inschrijvers daaraan niet kunnen voldoen, dan zou hij namelijk daardoor de inschrijver benadelen die wel aan dit criterium kan voldoen, daar hij het voordeel wegneemt waarop deze zich kon beroepen.

155. Aangaande het eerste punt kom ik dus tot de conclusie dat de enkele omstandigheid dat een aanbesteding een criterium bevat waaraan alleen één inschrijver kan voldoen, het gelijkheidsbeginsel niet schendt.

156. Is de situatie anders ingeval deze inschrijver, zoals HKL, een eigen onderneming is van de aanbestedende dienst?

157. In dat geval zijn er twee alternatieven

— óf HKL heeft ten opzichte van de aanbestedende dienst noch eigen beslissingsbevoegdheid noch eigen economische en financiële bestuursbevoegdheden; in dat geval is er sprake van een situatie die niet valt binnen de werkingssfeer van de richtlijn, daar HKL dan niet een derde is waarmee de stad Helsinki de overeenkomst heeft gesloten.

— óf HKL is de facto onafhankelijk van de stad Helsinki, hetgeen ik in het kader van de beantwoording van de eerste vraag heb aangenomen; in dat geval kan de omstandigheid dat HKL „het eigen busvervoerbedrijf van de aanbestedende gemeente" is, als zodanig geen probleem opleveren voor het gelijkheidsbeginsel, tenzij aangetoond wordt dat het litigieuze criterium alleen in de aanbesteding was opgenomen om HKL te bevoordelen.[42]

41 — Arrest Evans en Macfarlan Smith, reeds aangehaald, punt 42.

42 — Ik ga uiteraard ervan uit dat de aanbestedende dienst de punten objectief en onpartijdig heeft toegekend.

158. Het gaat hierbij om een puur feitelijke vraag die de verwijzende rechter moet beslissen.

159. In dat verband moet nog worden ingegaan op de door de Oostenrijkse regering gemaakte opmerkingen die betrekking hebben op de deelname van een inschrijver aan de voorbereiding van een aanbesteding.

160. Ik kan het alleen maar volledig eens zijn met de stelling van deze regering dat die deelname onrechtmatig is daar zij lijnrecht ingaat tegen het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers. Dienaangaande kan het arrest Ismeri Europa/Rekenkamer [43] worden aangehaald, waarin het Hof het feit dat „een opdracht wordt geplaatst bij een persoon die betrokken is bij de beoordeling en de selectie van de offerten" een „belangenverstrengeling" heeft genoemd, en daaraan heeft toegevoegd dat „dat wijst op een ernstige dysfunctie bij de betrokken instellingen of het betrokken orgaan".

161. Uit het oogpunt van de gelijke behandeling van alle inschrijvers lijkt mij een daadwerkelijke deelname aan de voorbereiding van een aanbesteding door de inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund, bijna even ernstig als de betrokkenheid van die inschrijver bij de beoordeling en de selectie van de offerten.

162. In de verwijzingsbeschikking is echter geen aanwijzing te vinden dat HKL daadwerkelijk zou hebben deelgenomen aan de voorbereiding van de litigieuze aanbesteding. De stad Helsinki heeft zelfs ter terechtzitting benadrukt dat deze deelname niet heeft plaatsgevonden en de verwijzende rechter stelt daarover ook geen vraag. Ik acht het daarom niet juist een antwoord over dit punt op te stellen.

163. Bijgevolg geef ik in overweging op de derde vraag te antwoorden dat aan het recht van een aanbestedende dienst om als criteria voor de gunning van een opdracht voor de exploitatie van een stadsbuslijn rekening te houden met kenmerken van het gebruikte materieel betreffende de stikstofmonoxide-emissies en het geluidsniveau, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, niet wordt afgedaan door de vaststelling dat het eigen vervoerbedrijf van deze aanbestedende dienst in staat is materieel ter beschikking te stellen dat de genoemde kenmerken vertoont en maar weinig andere busbedrijven in dat geval verkeren, tenzij wordt aangetoond dat dit criterium alleen is opgenomen om het eigen vervoerbedrijf te bevoordelen.

43 — Arrest van 10 juli 2001 (C-315/99 P, Jurispr. blz. I-5281, punt 47).

V — Conclusie

164. Op grond van het voorafgaande geef ik het Hof in overweging de door de verwijzende rechter gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

„1) De bepalingen inzake de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, en in het bijzonder artikel 2, leden 1, sub a, 2, sub c, en 4, daarvan moeten aldus worden uitgelegd dat deze richtlijn niet van toepassing is op een procedure als waarom het gaat in het hoofdgeding.

2) De communautaire regeling betreffende overheidsopdrachten, en in het bijzonder artikel 36, lid 1, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moet aldus worden uitgelegd dat een gemeente als aanbestedende dienst bij de organisatie van een aanbesteding voor de exploitatie van een stadsbuslijn, als criteria voor de gunning van de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding rekening mag houden met een criterium als dat in casu, dat betrekking heeft op de geringe stikstofmonoxide-emissies of het lage geluidsniveau. Dit criterium moet worden toegepast met inachtneming van de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, met name het discriminatieverbod en de vier vrijheden, alsmede alle procedurevoorschriften van de toepasselijke richtlijn, in het bijzonder de bepalingen daarvan inzake bekendmaking.

3) Aan het recht van een aanbestedende dienst om als criteria voor de gunning van een opdracht voor de exploitatie van een stadsbuslijn rekening te houden met kenmerken van het gebruikte materieel betreffende de stikstofmonoxide-emissies en het geluidsniveau, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, wordt niet afgedaan door de vaststelling dat het eigen vervoerbedrijf van deze aanbestedende dienst in staat is materieel ter beschikking te stellen dat de genoemde kenmerken vertoont en maar weinig andere busbedrijven in dat geval verkeren, tenzij wordt aangetoond dat dit criterium alleen is opgenomen om het eigen vervoerbedrijf te bevoordelen."