

AVIS JURIDIQUE IMPORTANT: Les informations qui figurent sur ce site sont soumises à une clause de "non-responsabilité" et sont protégées par un copyright.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} ELEANOR SHARPSTON
présentées le 18 janvier 2007 (1)

Affaire C-195/04

Commission des Communautés européennes contre République de République de Finlande

«Recours en manquement – Marché public pour la fourniture d'équipements de restauration collective – Article 28 CE – Mesures ayant un effet équivalant à des restrictions quantitatives – Principe de non-discrimination – Obligation de transparence»

1. Le présent recours soumis à la Cour soulève la question de la portée de l'obligation de transparence imposée à un pouvoir adjudicateur attribuant un marché dont la valeur est inférieure au seuil prévu par la directive communautaire applicable en matière de marchés publics. Bien qu'un marché dont la valeur est inférieure au seuil en question puisse néanmoins être significatif en termes économiques, j'utiliserai, pour plus de commodité, l'expression «marché de faible valeur» pour désigner un tel marché dans les présentes conclusions.

2. La Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater, conformément à l'article 226 CE, que la «République de Finlande a manqué aux obligations que lui impose l'article 28 CE, car [l'autorité gestionnaire des biens immobiliers de l'administration finlandaise] a, dans le cadre d'un contrat concernant des équipements de restauration collective, enfreint des règles fondamentales du traité CE et, en particulier, le principe de non-discrimination, qui implique l'obligation de transparence».

Dispositions pertinentes du droit communautaire

3. La directive 93/36/CEE du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (2), prévoit des conditions pour l'attribution de tels marchés.

4. Pour ce qui nous concerne, le préambule stipule que:

«[...] les marchés de fournitures inférieurs à [214 326 euros (3)] peuvent [...] être laissés en dehors de la concurrence telle qu'elle est organisée par la présente directive et [...] il convient de prévoir que les mesures de coordination ne doivent pas leur être appliquées [dixième considérant];

[...] le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des États membres; [...] les informations contenues dans ces avis doivent

permettre aux fournisseurs de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent; [...] à cet effet, il convient de leur donner une connaissance suffisante des produits à fournir et des conditions dont la fourniture est assortie; [...] plus spécialement dans les procédures restreintes, la publicité a pour but de permettre aux fournisseurs des États membres de manifester leur intérêt pour les marchés en sollicitant des pouvoirs adjudicateurs une invitation à soumissionner dans les conditions requises [quatorzième considérant]».

5. En vertu de l'article 1^{er}, sous a), les marchés publics de fournitures incluent des contrats ayant pour objet l'achat de produits entre un fournisseur et un pouvoir adjudicateur. Conformément à l'article 1^{er}, sous b), on entend par «pouvoir adjudicateur» l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

6. Conformément à l'article 5, paragraphe 1, sous a), i), les dispositions d'harmonisation de fond de la directive (articles 6 à 27) – qui incluent les règles communes de publicité prévues aux articles 9 à 14 – sont uniquement applicables aux marchés publics de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1^{er}, sous b), «lorsque la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) égale ou dépasse [214 326 euros (4)]». Ainsi, les marchés de faible valeur ne sont pas visés par les règles communes de publicité et les États membres ne sont pas tenus d'appliquer les règles prévues par la directive à de tels marchés, bien qu'ils puissent bien sûr choisir de le faire en vertu de la législation nationale.

7. Les marchés relevant du champ d'application des directives en matière de marchés publics doivent être attribués par le biais d'une procédure ouverte, restreinte ou négociée. Dans le cadre de la procédure restreinte, on publie un avis de marché invitant les entreprises à exprimer un intérêt à soumissionner pour le marché en cause et, par la suite, le pouvoir adjudicateur invite un nombre limité d'entreprises à présenter des offres. Dans le cadre de la procédure négociée, le pouvoir adjudicateur peut sélectionner les entreprises avec qui il souhaite négocier le contrat sans publication du marché et sans mise en concurrence (5).

8. Conformément à l'article 6, paragraphe 3, sous a), les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication «lorsqu'aucune soumission ou aucune soumission appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et à condition qu'un rapport soit communiqué à la Commission».

Historique de la procédure en manquement

9. La relation des faits donnant lieu au présent recours et qui a fait l'objet de débats enflammés au cours de toute la procédure varie partiellement selon qu'il s'agit de la Commission ou de la République de Finlande. C'est pourquoi j'exposerai le contexte du litige de manière assez détaillée, tout en relevant et en appréciant les points de désaccord.

La première phase: mars 1998

10. En mars 1998, le pouvoir adjudicateur (6) a, dans le cadre d'une procédure restreinte, publié au *Journal officiel des Communautés européennes* et au *Virallinen lehti* (Journal officiel de la République de Finlande) (7) un avis invitant à des manifestations d'intérêt s'agissant d'un marché de travaux publics portant sur des travaux de rénovation et de modification des locaux de l'administration régionale de Turku. C'est ce que la République de Finlande appelle la «première phase» (8).

11. Le marché a été subdivisé en lots. Ceux-ci incluent, entre autres, l'installation d'équipements de restauration collective. Conformément à l'annexe IV de la directive 93/37/CEE du Conseil (9), il a été précisé que les soumissions pouvaient être faites pour un, plusieurs ou tous les lots. La valeur des lots individuels variait entre 1 million et 22 millions de FIM (entre 168 000 et 3,7 millions d'euros environ), et la valeur cumulée des lots était supérieure au seuil à compter duquel la directive sur les marchés publics de travaux était applicable (10). Les travaux devaient être exécutés en deux tranches.

12. La cuisine dans laquelle les équipements devaient être installés fait partie d'un restaurant situé dans les locaux de l'administration régionale de Turku.

13. Les parties s'opposent sur le point de savoir si une quelconque offre avait été reçue au cours de la première phase en vue de la fourniture d'équipements de restauration collective.

14. En réponse à une question posée par la Cour lors de l'audience, la République de Finlande a déclaré qu'une seule offre de fourniture des équipements de restauration collective avait été reçue au cours de la première phase, à savoir une offre émanant de la société Kopal Markkinointi Oy (ci-après «Kopal»). La République de Finlande était incapable de fournir plus de détails concernant cette offre. Elle a déclaré que, dans la mesure où aucune autre offre n'avait été reçue, on n'avait pas pu faire de comparaison entre différentes offres. C'est pourquoi l'offre de Kopal avait été rejetée.

15. La Commission a déclaré que, d'après ce qu'elle savait, Kopal n'avait pas présenté d'offre en 1998.

16. Aucune autre preuve concernant la première phase n'a été soumise à la Cour. En tout état de cause, les parties sont d'accord pour dire que, à ce stade, aucune offre n'avait été *acceptée* en vue de la fourniture d'équipements de restauration collective.

La deuxième phase: début de l'année 2000

17. Au début de l'année 2000 (11), le pouvoir adjudicateur a directement écrit à quatre entreprises pour les inviter à soumissionner en vue de la fourniture et de l'installation d'équipements de restauration collective. Au vu de la lettre de relance du 9 avril 2001 (12), on arrive à la conclusion que ces quatre entreprises étaient les sociétés Dieta Oy (ci-après «Dieta»), Electrolux Professional Oy (ci-après «Electrolux»), Kopal et le fournisseur éventuel, à savoir la société Hackman-Metos Oy (ci-après «Hackman-Metos»). C'est donc le pouvoir adjudicateur qui, en premier, s'est adressé à Hackman-Metos. La République de Finlande affirme que, parmi ces entreprises, il y avait un représentant en République de Finlande d'un fournisseur d'équipements de restauration collective établi dans un autre État membre (probablement Electrolux). La Commission n'a pas contesté cette déclaration.

18. À ce stade, le restaurant dans lequel les équipements de restauration collective devaient être installés avait été loué par le pouvoir adjudicateur à la société Amica Ravintolat Oy (ci-après «Amica» ou le «locataire»). Le pouvoir adjudicateur a convenu avec Amica que celle-ci achèterait les équipements de restauration collective pour le compte du pouvoir adjudicateur. Celui-ci était d'accord pour payer 1 050 000 FIM (environ 177 000 euros) en vue de l'achat des équipements de restauration collective. Ce montant est inférieur au seuil au-dessus duquel la directive 93/36 était applicable (13).

La troisième phase: plus tard au cours de l'année 2000

19. En février 2000, le pouvoir adjudicateur a émis un avis dans lequel il a informé les destinataires de celui-ci de ce que toutes les offres reçues avaient été rejetées en raison de leur caractère onéreux. Cependant, les destinataires étaient invités à présenter de nouvelles offres au locataire dont les coordonnées détaillées étaient jointes. Pour la République de Finlande, cette invitation à soumissionner et ce qui a suivi constituent la «troisième phase».

20. Les parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si l'avis était adressé à toutes les entreprises qui avaient soumissionné en 2000 en vue de fournir des équipements de restauration collective.

21. La République de Finlande affirme que l'avis avait été envoyé à chacune des quatre entreprises. Dans sa réplique, la Commission affirme que toutes les entreprises ayant précédemment soumissionné n'avaient pas été informées du rejet de toutes les offres et, par la suite, invitées à soumissionner dans le cadre de la «troisième phase». Selon la Commission, au moins une entreprise, la société Rakentajamestarit Oy (ci-après

«Rakentajamestarit»), qui avait précédemment soumissionné en vue de la fourniture des équipements de restauration collective n'avait pas été informée du rejet des offres ni invitée à soumissionner dans le cadre de la troisième phase. Elle fait référence à une offre (annexée à la réplique) qui avait été présentée par Rakentajamestarit.

22. La République de Finlande fait valoir à juste titre que, en produisant, sans aucune explication, des preuves de l'offre de Rakentajamestarit seulement au stade de la réplique, la Commission ne s'est pas conformée à l'article 42, paragraphe 1, du règlement de procédure, selon lequel les parties qui font des offres de preuve dans la réplique ou la duplique doivent motiver le retard apporté à la présentation de leurs offres de preuve (14). La République de Finlande signale également que l'offre de Rakentajamestarit portait sur les travaux principaux (qui incluaient l'installation des *meubles de cuisine*) et non pas sur la fourniture d'*équipements de restauration collective*.

23. C'est pourquoi je considère que la preuve de l'offre de Rakentajamestarit est irrecevable et que, en tout état de cause, elle apparaît également comme dénuée de pertinence (15).

24. Le locataire a conclu le contrat avec Hackman-Metos (16). Les parties n'ont pas été en mesure d'informer la Cour de la date de la conclusion de ce contrat. À l'audience, la Commission a indiqué que deux ans s'étaient écoulés entre l'avis au Journal officiel et l'achat d'équipements de restauration collective. C'est pourquoi je suppose que le contrat a probablement été conclu au cours du premier semestre de l'année 2000 (17).

25. Par lettre du 9 avril 2001, le pouvoir adjudicateur a fourni aux destinataires de l'avis émis en février 2000 un formulaire d'appel contre la décision de rejet des offres présentées au cours de la deuxième phase.

26. En résumé: au cours de la première phase, dans le cadre d'une procédure restreinte, un avis de marché a été publié au *Journal officiel des Communautés européennes* et au *Virallinen lehti* invitant les soumissionnaires potentiels à présenter une offre pour un marché dont l'installation d'équipements de restauration collective constituait un lot séparé. Il apparaît qu'une entreprise, Kopal, a peut-être proposé de fournir des équipements de restauration collective lors de la première phase (c'est-à-dire au cours de la procédure restreinte), mais que, même s'il en a été ainsi, son offre a été rejetée. Au cours de la deuxième phase, le pouvoir adjudicateur s'est adressé à Kopal et à trois autres fournisseurs potentiels – Dieta, Electrolux et Hackman-Metos – et il les a invités à soumissionner, mais il a, par la suite, rejeté chacune des quatre offres au motif qu'elles étaient trop onéreuses. Lors de la troisième phase, le pouvoir adjudicateur a donné mandat au nouveau locataire, Amica, pour négocier, en qualité d'agent, avec celles des quatre entreprises (Kopal, Dieta, Electrolux et Hackman-Metos) qui décideraient de s'adresser à elle, après avoir été invitées à le faire par le pouvoir adjudicateur. Amica a conclu le contrat pour les équipements de restauration collective avec Hackman-Metos.

27. L'attribution litigieuse a fait l'objet d'une plainte auprès de la Commission qui a envoyé une lettre de mise en demeure à la République de Finlande le 18 juillet 2002. La Commission a estimé que le pouvoir adjudicateur n'avait pas fait en sorte que le contrat soit attribué avec un degré de publicité adéquat et que, par conséquent, la République de Finlande avait manqué aux obligations que lui impose l'article 28 CE (sic). La Commission a ajouté que, selon les informations dont elle disposait, Amica (agissant en qualité d'agent pour le pouvoir adjudicateur) avait conclu le contrat avec une entreprise avec qui elle partageait des liens étroits et des salariés, mais la Commission ne semble pas avoir maintenu cette affirmation au-delà de la procédure précontentieuse.

28. La République de Finlande a répondu par lettre du 3 septembre 2002. Elle a admis que la passation de marchés publics était soumise à des exigences en matière de publicité et de transparence, mais elle a nié avoir violé l'article 28 CE ou une quelconque autre disposition du droit communautaire.

29. N'ayant pas été satisfaite par la réponse de la République de Finlande, la Commission a adressé à cette dernière un avis motivé en date du 19 décembre 2002. Elle s'est

expressément fondée sur l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Telaustria et Telefonadress* (18) et elle a répété que, à son avis, le pouvoir adjudicateur avait omis de garantir un degré de publicité adéquat (19) pour le marché public.

30. N'ayant pas été satisfaite par la réponse de la République de Finlande du 12 février 2003 (qui se bornait à maintenir le point de vue de cette dernière), la Commission a introduit le présent recours en manquement (20).

31. Après l'introduction du présent recours en manquement par la Commission, la République de Finlande a informé cette dernière en date du 1^{er} décembre 2003 de son intention de renforcer l'obligation de transparence en République de Finlande (21).

32. Le Royaume de Danemark, la République d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas ont présenté des observations en tant que parties intervenantes. À l'audience du 8 juin 2006, la Commission, la République de Finlande, la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas ont présenté des observations orales.

Recevabilité

L'exception d'irrecevabilité soulevée par la République de Finlande

33. La République de Finlande fait valoir que le recours est irrecevable. Selon la jurisprudence de la Cour, l'objet du recours est délimité par la procédure précontentieuse et le recours ne peut pas être fondé sur d'autres moyens que ceux soulevés lors de la procédure précontentieuse. La République de Finlande estime que la Commission a étendu l'objet du recours au-delà des limites fixées dans l'avis motivé, et cela à deux égards.

34. En premier lieu, la Commission fait valoir pour la première fois dans la requête que le pouvoir adjudicateur aurait dû organiser un «appel d'offres». L'avis motivé se bornait à mentionner l'obligation d'assurer un «degré de publicité adéquat» (22).

35. En second lieu, la requête indique que l'appel d'offres initial a échoué et que le marché pour les équipements de restauration collective n'a pas fait l'objet d'une publicité par la suite sous la forme d'un appel d'offres. L'avis motivé indique cependant que le manquement découle du fait que le locataire, agissant en qualité d'agent du pouvoir adjudicateur, a conclu le contrat.

36. La Commission répond à cela que l'objet du recours est exposé de manière précise sur la page de garde et au point 23 de la requête (où figurent ses conclusions). Selon elle, que ce soit dans les passages précités ou dans l'avis motivé, elle fait essentiellement valoir que la République de Finlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 CE, au motif que le pouvoir adjudicateur a enfreint des règles fondamentales du traité s'agissant de la fourniture d'équipements de restauration collective.

Appréciation

37. Malgré le caractère vague de la délimitation des conclusions de la requête, que j'examinerai ci-dessous, je ne pense pas que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la République de Finlande soit fondée. L'avis motivé conclut en affirmant que le pouvoir adjudicateur a enfreint des règles fondamentales du traité lors de l'attribution du marché portant sur des équipements de restauration collective, et notamment le principe de non-discrimination, qui implique une obligation de transparence; par conséquent, la République de Finlande aurait violé les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 CE. Les conclusions de la requête tendent à ce qu'il soit constaté que la République de Finlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 CE, au motif que, dans le cadre d'un contrat concernant des équipements de restauration collective, le pouvoir adjudicateur a enfreint des règles fondamentales du traité et, en particulier, le principe de non-discrimination, qui implique le principe de transparence. Je ne vois pas comment on pourrait distinguer utilement la manière dont la Commission exprime sa demande dans ces deux déclarations.

38. Il est vrai que la Commission a pour la première fois expressément fait valoir dans sa requête qu'un «appel d'offres» aurait dû être lancé, que l'appel d'offres initial n'avait pas abouti et que, par la suite, le marché portant sur des équipements de restauration collective n'avait pas fait l'objet d'une publicité sous la forme d'un appel d'offres (23). Cependant, un recours n'est pas irrecevable lorsque la requête se borne à expliquer le grief soulevé dans l'avis motivé sans formuler un nouveau grief (24). Il me semble que les deux arguments détaillés exposés dans la requête se bornent à expliquer le grief soulevé dans l'avis motivé, selon lequel le marché en cause n'avait pas fait l'objet d'une publicité adéquate (25) et qu'il y avait donc violation de l'obligation de transparence. Ils ne modifient pas l'objet du grief de la Commission.

39. La République de Finlande essaie de s'appuyer sur les arrêts Commission/Pays-Bas (26) et Commission/Italie (27). Dans le premier arrêt, la Cour a déclaré irrecevable une partie du recours de la Commission qui portait sur une pollution des eaux dont la portée géographique était différente de celle visée par la Commission au cours de la procédure précontentieuse (28). Dans le second arrêt, le recours de la Commission était irrecevable, dans la mesure où il était fondé a) sur des dispositions nationales auxquelles il avait été fait référence par erreur au cours de la procédure précontentieuse et b) sur des dispositions nationales qui étaient différentes de celles visées lors de la procédure précontentieuse (29). La portée géographique et le fondement, en droit national, d'un recours en manquement vont clairement au cœur de l'objet de ce type de recours. Il n'en va pas de même pour les indications détaillées relatives aux arguments soulevés dans le recours à l'appui du grief principal de la Commission. Il convient par conséquent de distinguer ces différents cas de figure.

40. Il en découle que l'exception soulevée par la République de Finlande ne saurait être maintenue.

Les conclusions de la requête

41. Cependant, j'ai d'autres raisons pour douter sérieusement de la recevabilité et du bien-fondé du recours de la Commission.

42. La Cour a jugé qu'il incombe à la Commission d'indiquer, dans les conclusions de la requête introduite au titre de l'article 226 CE, les griefs précis sur lesquels la Cour est appelée à se prononcer et que ces conclusions doivent être formulées de manière non équivoque afin d'éviter que la Cour ne statue ultra petita ou bien omette de statuer sur un grief (30).

43. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour, constater que la «République de Finlande a manqué aux obligations que lui impose l'article 28 CE, car [l'autorité gestionnaire des biens immobiliers de l'administration finlandaise] a, dans le cadre d'un contrat concernant des équipements de restauration collective, enfreint des dispositions fondamentales du traité CE et, en particulier, le principe de non-discrimination, qui implique l'obligation de transparence».

44. Ces termes sont loin d'être précis.

45. En premier lieu, tel que formulé, le texte ne permet pas de déterminer si la Commission demande qu'il soit constaté qu'il y a eu violation i) de l'article 28 CE, ii) du principe de non-discrimination qu'il contient, iii) d'autres dispositions fondamentales du traité ou (probablement) iv) d'une combinaison de ce qui précède.

46. En second lieu, la Commission n'indique pas de manière explicite pourquoi l'article 28 CE est pertinent pour son recours.

47. L'article 28 CE stipule que les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. Cette interdiction couvre toutes les mesures nationales (31).

48. Cependant, dans sa requête, la Commission omet d'indiquer avec précision quel acte constitue la mesure, l'acte ou la procédure qui aurait prétendument enfreint l'article 28 CE. La Commission fait simplement grief, de manière générale, de l'attitude du pouvoir adjudicateur «dans le cadre d'un contrat» concernant des équipements de restauration collective.

49. C'est pourquoi j'estime que les conclusions de la requête omettent d'indiquer les griefs précis sur lesquels on demande à la Cour de se prononcer et que, par conséquent, le recours doit être déclaré irrecevable.

50. Pour le cas où la Cour ne partagerait pas mon point de vue, je procède à l'examen du fond de l'affaire.

Quant au fond

Questions préliminaires

51. La Commission n'a pas expliqué comment le pouvoir adjudicateur a enfreint l'obligation négative prévue à l'article 28 CE en n'assurant pas la publicité du marché litigieux ou en ne mettant pas en route une nouvelle procédure d'adjudication de marché public, actes qui impliquent tous les deux des obligations positives.

52. J'aimerais qu'il soit clair que je ne nie pas que l'article 28 CE puisse créer une obligation de transparence. Ce que je veux dire c'est que, s'il en est ainsi, la Commission a omis d'expliquer que telle est son argumentation. Selon moi, cela a pour conséquence que le recours n'est pas fondé dans la mesure où il n'indique pas clairement comment la prétendue violation de l'obligation de transparence viole l'article 28 CE.

53. Là aussi, pour le cas où la Cour ne partagerait pas mon point de vue, j'examinerai en détail le grief de la Commission.

54. Il est constant que le marché litigieux était un marché de faible valeur et que, pour cette raison, il ne relève pas du champ d'application de la directive 93/36.

55. De plus, il est de jurisprudence constante que, bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs qui concluent de tels contrats sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité (32). Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, principe qui implique une obligation de transparence qui permet aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer que le principe de non-discrimination est respecté (33).

56. Le résultat du recours de la Commission dépend donc de la question de savoir si les mesures adoptées par le pouvoir adjudicateur au cours de la procédure de passation du marché public portant sur les équipements de restauration collective étaient suffisantes pour satisfaire à l'obligation de transparence telle qu'établie par la jurisprudence. La réponse à cette question dépend de la réponse à deux autres questions.

57. L'avis de marché que le pouvoir adjudicateur a publié en mars 1998 dans le cadre de la procédure restreinte, conformément à la directive sur les marchés publics de travaux, a-t-il communiqué substantiellement le même marché de fournitures que celui finalement attribué au début de l'année 2000 et donc assuré le degré de transparence nécessaire?

58. Ou alors, si tel n'était pas le cas, le pouvoir adjudicateur a-t-il satisfait à l'obligation de transparence en 2000 (lors des deuxième et troisième phases), lorsqu'il a, à deux reprises, directement adressé des invitations à soumissionner à quatre soumissionnaires potentiels?

59. Dans l'approche de ces questions, je souligne que les mesures prises en 1998 (la première phase) et en 2000 (les deuxième et troisième phases) représentent des degrés de

publicité très différents. On ne saurait mettre en doute que l'obligation de transparence a été remplie par le biais de la publication d'un avis de marché au *Journal officiel des Communautés européennes* pour un marché devant être attribué dans le cadre d'une procédure restreinte (indépendamment du fait que la publication initiale est intervenue conformément aux exigences de la directive sur les marchés publics de travaux et non à celles de la directive 93/36). En revanche, la question qui peut donner lieu à plus de discussions est celle de savoir si l'obligation de transparence est également remplie lorsque quatre entreprises sont directement contactées.

L'avis de marché de 1998 couvrait-il le marché de fournitures attribué au début de l'année 2000, remplissant de ce fait l'obligation de transparence?

60. Pour ce qui est de l'appréciation de la conformité avec l'article 28 CE, la République de Finlande maintient qu'il y avait «une seule procédure d'attribution». Elle précise que le marché portant sur la fourniture d'équipements de restauration collective a d'abord été publié en tant que lot indépendant dans le cadre d'un marché global de travaux publics concernant les locaux de Turku. La République de Finlande indique que ce marché a été porté à la connaissance de tous les fournisseurs potentiels par le biais de l'avis de marché publié au *Journal officiel des Communautés européennes* en 1998. Selon elle, les trois phases représentent trois parties de la même procédure.

61. La République de Finlande estime que, s'agissant d'un marché de faible valeur, l'obligation de transparence n'exige pas nécessairement une forme particulière de publication ni une invitation formelle à soumissionner. Elle fait valoir que la mise en œuvre de l'obligation de transparence dépend des circonstances et qu'elle est essentiellement régie par la législation nationale. La République de Finlande est soutenue dans cette analyse par le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas.

62. La Commission cherche à établir une distinction procédurale entre chacune des trois phases décrites ci-dessus. Elle reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir omis de publier une nouvelle invitation à soumissionner (34) avant d'acquiescer les équipements de restauration collective. Ce grief a trait aux deuxième et troisième phases. C'est pourquoi, selon la Commission, le pouvoir adjudicateur n'a pas entouré l'attribution du marché portant sur les équipements de restauration collective d'un degré de publicité adéquat, manquant ainsi aux obligations qui lui incombent en vertu de l'obligation de transparence.

63. Je ne suis pas d'accord avec la République de Finlande lorsqu'elle affirme que, sur le plan formel, les trois phases constituaient une seule procédure d'attribution. La première phase correspondait à une procédure restreinte qui n'a pas abouti s'agissant du lot portant sur la fourniture d'équipements de restauration collective. Au cours de la deuxième phase, le pouvoir adjudicateur a contacté quatre entreprises directement, dont au moins trois n'avaient pas présenté d'offre dans le cadre de la procédure restreinte. Il apparaît donc que la deuxième phase consistait dans le lancement d'une procédure négociée séparée. Après le rejet des offres reçues dans le cadre de cette procédure, une nouvelle procédure négociée a été lancée au cours de la troisième phase.

64. Cela dit, il convient de vérifier si, du point de vue des faits, les deuxième et troisième phases peuvent être considérées comme découlant directement de la première phase qui n'a pas abouti, de sorte que les exigences en matière de transparence s'agissant des deuxième et troisième phases ont déjà été remplies par l'avis de marché publié au *Journal officiel des Communautés européennes* en 1998.

65. Afin de répondre à cette question, il convient d'établir, tout d'abord, si l'avis publié en 1998 dans le cadre de la procédure restreinte doit effectivement être considéré comme une invitation à manifester un intérêt à soumissionner pour la fourniture d'équipements de restauration collective en tant que lot séparé et, dans un deuxième temps, si les conditions du marché de fournitures publié dans le cadre de la procédure restreinte étaient substantiellement les mêmes que celles du marché en cause dans les deuxième et troisième phases.

66. Tout d'abord, le marché de travaux publics publié au Journal officiel en 1998 porte le titre «Travaux de construction (reconstruction, extensions, travaux de modification et de réparation)» (traduction libre). La description détaillée des travaux (35) est libellée comme suit: «Bâtiment municipal, travaux extensifs de rénovation et de modification, travaux de construction, de plomberie et de ventilation, travaux sur les équipements de surveillance, de refroidissement et de sécurité et sur les équipements électriques, et installation d'équipements de restauration collective» (traduction libre). L'avis de marché a également indiqué clairement (36) que les candidats pouvaient soumissionner pour un, plusieurs ou tous les lots et il a invité les soumissionnaires potentiels à contacter le pouvoir adjudicateur (37) (en finnois) pour obtenir des informations supplémentaires sur les aspects techniques et administratifs du marché (38).

67. La Commission ne cherche pas à faire valoir que l'avis de marché n'était pas suffisamment clair. Elle semble admettre que l'avis de marché invitait en fait à soumissionner pour des équipements de restauration collective (39). Son argumentation semble se limiter à affirmer que ce qui s'est passé en l'an 2000 ne saurait être considéré comme constituant une simple continuation de ce qui s'est passé en 1998.

68. À mon avis, l'avis de marché de 1998, bien que ne constituant peut-être pas un modèle de clarté, aurait, a priori, pu être considéré comme une invitation à des manifestations d'intérêt à soumissionner pour l'installation d'équipements de restauration collective, et la Commission n'a pas contesté cela. C'est pourquoi je suis d'accord avec la République de Finlande lorsqu'elle affirme que, à la lecture de l'avis de marché publié en mars 1998 au Journal officiel, les soumissionnaires potentiels auraient compris qu'ils pouvaient obtenir des renseignements et demander à soumissionner pour la fourniture d'équipements de restauration collective en tant que lot indépendant (40).

69. En second lieu, la Commission fait valoir que les conditions du marché ont changé entre les différentes phases. Elle souligne que l'avis de marché publié en 1998 ne mentionne pas le contrat de bail conclu avec Amica et son implication dans l'attribution du marché (41). À l'audience, la Commission s'est fondée sur une lettre (annexée à sa réplique) adressée par le pouvoir adjudicateur au ministère du Commerce et de l'Industrie finlandais pour également faire allusion à une modification du plan prévu pour le restaurant, à une modification du montant attribué au marché et à une modification du financement de l'acquisition (dorénavant partagé entre le pouvoir adjudicateur et Amica).

70. La République de Finlande répond à cela que les clauses essentielles du marché n'ont pas été modifiées au cours de la procédure. Elle précise que le pouvoir adjudicateur était responsable de l'attribution du début à la fin. La République de Finlande indique que les seuls changements intervenus consistent dans la conclusion, au cours de la troisième phase, du contrat par Amica en sa qualité d'agent et dans la détermination à l'avance, par le pouvoir adjudicateur, de la somme qu'il allait payer pour l'acquisition.

71. Je ne pense pas que la Commission ait réussi à démontrer que les conditions du marché ont suffisamment changé au cours des trois phases décrites pour rompre le lien de continuité entre ces phases. Bien que, au cours de la troisième phase, le pouvoir adjudicateur ait utilisé Amica comme agent pour procéder à l'acquisition et partagé les frais avec celle-ci, les appels d'offres au cours de la troisième phase sont intervenus pour son compte et non pour le compte d'Amica. De plus, le montant que le pouvoir adjudicateur a déterminé à titre de contribution pour l'acquisition est de l'ordre de grandeur des montants indiqués pour les lots séparés publiés dans le cadre du marché de travaux en 1998. Je ne considère pas non plus que les appels d'offres intervenus au cours de la troisième phase vont dans le sens de l'affirmation de la Commission selon laquelle le contrat de bail conclu entre le pouvoir adjudicateur et Amica aurait modifié les conditions du marché. Ils se bornent à montrer clairement le rôle d'Amica en tant qu'agent.

72. Contrairement à l'article 42, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, la Commission n'a pas expliqué pourquoi la lettre que le pouvoir adjudicateur a envoyée au ministère du Commerce et de l'Industrie finlandais a été produite en tant que preuve seulement en annexe à sa réplique. Par conséquent, cette lettre constitue une nouvelle preuve présentée en retard au sens de l'article 42, paragraphe 1, du règlement de procédure et elle ne saurait être prise en considération (42). La Commission n'a présenté aucune autre

preuve établissant qu'il y avait une modification substantielle au niveau de la nature ou de la quantité des équipements de restauration collective devant être fournis conformément aux publications intervenues au cours des trois différentes phases.

73. C'est pourquoi je suis d'avis que le marché de fourniture d'équipements de restauration collective publié en 1998 dans le cadre d'une procédure restreinte était substantiellement le même que celui qui a été attribué en l'an 2000 dans le cadre d'une procédure négociée.

74. Si tel est le cas et que la procédure restreinte a échoué en raison de l'absence d'offres acceptables, la question qui se pose alors est celle de savoir si le pouvoir adjudicateur a violé l'obligation de transparence en recourant, par la suite, à la procédure négociée pour acheter les équipements de restauration collective, sans autre publication.

75. En vertu de l'article 6, paragraphe 3, sous a), de la directive 93/36, un pouvoir adjudicateur est autorisé à passer un marché de fournitures relevant du champ d'application de la directive en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication, lorsqu'aucune soumission appropriée n'a été déposée dans le cadre d'une procédure restreinte, pour autant que les conditions du marché ne soient pas substantiellement modifiées et à condition qu'un rapport soit communiqué à la Commission.

76. Il a été souligné récemment (43) que, lorsqu'une dérogation aux directives en matière de marchés publics est expressément autorisée, une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication est justifiée et il ne saurait exister d'obligation de publicité. Les principes qui découlent du traité ne sauraient imposer une obligation de publicité devant être satisfaite, même lorsque les directives prévoient expressément une dérogation. Si tel était le cas, la dérogation serait inutile.

77. À mon avis, le même raisonnement s'applique à un marché qui ne relève pas du champ d'application de la directive 93/36 en raison de la faiblesse de sa valeur (44). L'article 6, paragraphe 3, sous a), autorise expressément le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication s'agissant de marchés ne relevant pas de la directive. Il en découle que cette procédure peut, de manière similaire, être appliquée à un marché de faible valeur.

78. C'est pourquoi je conclus que, dans l'hypothèse où, après l'application d'une procédure restreinte avec publication d'un avis et l'échec de cette procédure en raison de l'absence d'offres appropriées, le pouvoir adjudicateur a recours à une procédure négociée sans publier le marché de fournitures et que les conditions du marché sont substantiellement les mêmes dans le cadre des deux procédures, le pouvoir adjudicateur ne viole pas l'obligation de transparence prévue par le droit communautaire.

Les invitations à soumissionner envoyées en l'an 2000 suffisaient-elles, à elles seules, pour remplir l'obligation de transparence?

79. Pour le cas où la Cour aboutirait à la conclusion que, contrairement à mon point de vue, les deuxième et troisième phases n'avaient pas de rapport avec la première phase et qu'elles ne sauraient être considérées comme étant couvertes par l'avis d'adjudication de 1998, je dois vérifier si les invitations à soumissionner adressées directement aux quatre entreprises en l'an 2000 étaient conformes à l'obligation de transparence.

80. Le point fort de l'argumentation de la Commission est que le marché litigieux aurait dû être attribué en conformité avec la condition prévue par l'arrêt *Telaustria et Telefonadress* (45) afin d'assurer le respect de l'obligation de transparence. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur «consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du [marché en cause] à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication».

81. La République de Finlande, la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas sont tous d'avis que, alors qu'un pouvoir adjudicateur attribuant un marché qui ne

relève pas du champ d'application des directives doit respecter l'obligation de transparence, la question qui demeure est celle de savoir ce qui, dans le contexte d'une procédure d'attribution en particulier, constitue une publicité «adéquate» permettant de remplir cette obligation (46). En principe, c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités du marché en cause (47).

82. Comme le Royaume du Danemark et le Royaume des Pays-Bas l'ont souligné, l'utilisation du mot «advertising» dans la version anglaise de l'arrêt pose problème. D'une part, ce terme implique une obligation de publier. D'autre part, les termes utilisés dans d'autres versions linguistiques («Öffentlichkeit» dans la langue officielle de l'affaire, à savoir l'allemand; «publicité» en français; «pubblicità» en italien; «publicidad» en espagnol) sont plus proches du terme anglais «publicity». À mon avis, le terme «publicity» n'implique pas nécessairement une obligation de publier. Cependant, il implique une obligation de faire plus que contacter simplement un soumissionnaire potentiel individuel et attribuer le marché à ce dernier. Dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Telaustria et Telefonadress* (48), l'avocat général Fennelly a noté que la Commission avait fait valoir dans cette affaire que l'obligation de transparence n'exige pas une publication et il a partagé le point de vue de la Commission (49).

83. Il me semble que, lorsqu'un marché ne relève pas du champ d'application des directives, le degré de publicité adéquat doit être déterminé par référence au marché potentiel pour ce contrat. Le pouvoir adjudicateur doit assurer un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de ce marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (50). C'est pourquoi il doit y avoir en principe un *certain* degré de publicité pour le marché en question. En l'absence d'une telle publicité, il est difficile de voir comment il peut être affirmé qu'il y a égalité de traitement ou transparence.

84. Les exigences en matière de publicité pour de tels marchés doivent-elles être fixées par le droit communautaire ou relèvent-elles du droit national?

85. À mon avis, il y a une différence fondamentale entre le marché potentiel pour un contrat de faible valeur et le marché potentiel pour un contrat dont la valeur est au-dessus du seuil, mais qui, pour quelque raison que ce soit, est exclu du champ d'application de la directive en cause. Ce dernier peut néanmoins être d'une importance économique très significative. On comprend facilement pourquoi l'obligation de non-discrimination, ainsi que l'obligation de transparence concomitante, devrait entraîner l'exigence, en droit communautaire, d'assurer une publicité transnationale adéquate pour un tel marché. Un contrat de faible valeur se situe, par définition, en dessous du seuil à compter duquel la directive en cause est applicable. Ce seuil marque la limite à compter de laquelle le législateur a délibérément choisi de ne *pas* appliquer les exigences détaillées en matière de publicité. En agissant ainsi, il a, à mon avis, également défini de manière implicite les marchés publics qui, en raison de leur importance économique, méritent d'être soumis aux exigences détaillées en matière de publicité imposées par le droit communautaire (51). J'estime que le droit communautaire exige que, en principe, il y ait un *certain* degré de publicité pour un tel marché, mais qu'il laisse au droit national le soin de déterminer en détail en quoi cette publicité doit consister.

86. Cette logique est confirmée par la Cour qui a déclaré dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Coname* (52) que, en raison de circonstances particulières, telles qu'un enjeu économique très réduit, il pourrait raisonnablement être soutenu qu'une entreprise située dans un autre État membre ne serait pas intéressée par le marché en cause. Dans un tel cas, les effets sur les libertés fondamentales devraient être considérés comme étant trop aléatoires et trop indirects pour pouvoir conclure à une éventuelle violation de celles-ci du fait de différences de traitement découlant de l'absence de transparence (53). Les «circonstances particulières» y décrites constituent l'exception à la règle générale selon laquelle il devrait y avoir une certaine publicité. Cependant, je ne déduis pas de cette constatation l'obligation de transposer l'intégralité des exigences des directives en matière de marchés publics concernant la publicité à des cas de figure (marchés de faible valeur) que le législateur communautaire avait délibérément exclus du champ d'application desdites directives.

87. Par conséquent, je n'accepte pas l'argument de la Commission selon lequel le droit communautaire exigerait que les pouvoirs adjudicateurs appliquent les exigences détaillées du droit communautaire en vue d'assurer la publicité des marchés de faible valeur. Cette conclusion découle essentiellement de deux arguments.

88. En premier lieu, le principe de subsidiarité consacré à l'article 5 CE exige du droit communautaire qu'il n'empiète sur le droit national que dans la mesure où cela est justifié par une appréciation des avantages et des désavantages (54). Le fait d'imposer une obligation précise de publier, conformément au droit communautaire, des marchés de faible valeur à travers toute la Communauté revient à ignorer une partie de l'intention législative qui sous-tend la directive 93/36. Les seuils prévus dans les diverses directives en matière de marchés publics marquent la limite entre ce que les États membres ont considéré comme devant être harmonisé au niveau communautaire et ce qui continue à relever de la compétence des États membres. Il en découle, à mon avis, que le fait de fixer des exigences détaillées en matière de publicité au niveau communautaire s'agissant de marchés de faible valeur est incompatible avec le principe de subsidiarité.

89. En second lieu, le fait d'imposer, au niveau communautaire, une obligation précise en matière de publicité par rapport au marché potentiel – une obligation concernant laquelle on ne trouve cependant *aucune* précision effective dans un quelconque texte législatif promulgué au niveau communautaire – créerait une insécurité juridique significative pour les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires potentiels souhaitant conclure un contrat de faible valeur. La question de savoir quand, où et sous quelle forme de tels marchés devraient être publiés ne trouve aucune réponse directe dans la jurisprudence et, comme je l'ai signalé, ces questions ne sont pas couvertes par le droit dérivé.

90. L'insécurité juridique que l'on provoquerait en imposant une telle obligation est illustrée par les doutes exprimés par la Commission elle-même. En réponse à plusieurs questions directes de la Cour, elle pouvait uniquement suggérer en termes vagues la forme de la publicité qui aurait été nécessaire pour remplir l'obligation de transparence dans la présente espèce. La Commission a récemment fait valoir, dans le contexte de l'attribution de marchés de services d'urgence qui n'étaient pas couverts par les directives en matière de marchés publics, qu'il n'était *pas* nécessaire de faire un appel d'offres national ou international pour assurer une publicité «appropriée» – une correspondance adressée à certaines entreprises pouvait suffire (55). Cette argumentation contredit directement le point de vue que la Commission a adopté dans la présente espèce.

91. Peu de temps après l'audience dans la présente espèce, la Commission a publié une communication exposant de manière détaillée son point de vue quant à la question de savoir quand, où et sous quelle forme des marchés qui ne relèvent pas des directives en matière de marchés publics doivent être «publiés» (56). Au cours de l'argumentation dans la présente espèce, la Commission n'a pas expliqué en quoi la prétendue violation du traité reprochée à la République de Finlande a trait aux exigences qu'elle propose dans cette communication. De plus, dans son introduction, la communication indique elle-même que celle-ci n'introduit pas de nouvelles règles législatives et que, en tout état de cause, c'est à la Cour qu'il appartient, en dernier ressort, d'interpréter le droit communautaire (57).

92. Je ne considère pas que la conclusion à laquelle j'ai abouti soit contraire à la jurisprudence fondée sur l'arrêt *Telaustria et Telefonadress*, dans laquelle la Cour a exigé des pouvoirs adjudicateurs qu'ils garantissent un degré de publicité adéquat permettant l'ouverture d'un marché ne relevant pas du champ d'application des directives en matière de marchés publics à la concurrence à travers toute la Communauté ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (58). Lorsqu'on regarde de plus près, il devient clair que ces cas de figure concernaient des concessions de services publics qui sont exclues, indépendamment de leur valeur économique, du champ d'application des directives en matière de marchés publics. La valeur des concessions en cause dans ces affaires était du même ordre que celle des marchés couverts par les exigences en matière de publicité prévues par les directives en matière de marchés publics (59).

93. C'est pourquoi il n'y a aucune contradiction entre le fait que la Cour a jugé que l'attribution de tels marchés devrait être soumise à un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence à travers toute la Communauté et l'approche qui, selon moi,

devrait être adoptée pour ce qui concerne les marchés de faible valeur. L'intérêt que de telles concessions à forte valeur suscite auprès d'éventuels soumissionnaires à travers toute la Communauté peut raisonnablement être considéré comme équivalant à l'intérêt que les directives en matière de marchés visent à protéger s'agissant des marchés relevant de leur champ d'application (60). C'est pourquoi il est raisonnable d'appliquer, s'agissant de tels contrats de concession, une obligation de transparence fondée sur le traité et de déclarer que la publicité pour de tels contrats doit être appréciée par rapport au droit communautaire.

94. On pourrait objecter à cela que, du point de vue économique, un marché dont la valeur tombe tout juste en dessous du seuil prévu par la directive pertinente en matière de marchés publics pourrait avoir une valeur suffisante pour intéresser des entreprises établies dans des États membres voisins. Dans la présente espèce, la valeur du marché attribué (environ 177 000 euros) était d'environ 47 000 euros en dessous du seuil à compter duquel la directive 93/36 était applicable (61). Elle était donc beaucoup moins élevée que la valeur des marchés que le législateur considérerait comme intéressants pour les fournisseurs établis dans l'intégralité de la Communauté (62). Le profit potentiel qu'un fournisseur établi, par exemple, en Espagne pourrait tirer d'un marché d'une valeur de 177 000 euros serait, à mon avis, réduit de manière significative par les frais de transport et les autres frais éventuels, comme ceux générés par la modification des équipements et la fourniture de modes d'emploi dans une forme compréhensible par des locuteurs finlandais (63). Peut-être que la situation serait différente pour un fournisseur potentiel établi (par exemple) en Suède ou au Danemark. Cependant, la Commission n'a pas suggéré que les différences de prix au niveau des équipements de restauration collective dans les différents États membres sont très marquées. Elle a encore moins soumis une quelconque preuve en ce sens. Il me semble par conséquent que la Cour aurait du mal, compte tenu des éléments dont elle dispose, à déclarer avec certitude qu'il serait bénéfique pour le pouvoir adjudicateur et pour les fournisseurs éventuellement intéressés dans d'autres États membres (voisins) d'imposer l'exigence, découlant du droit communautaire, d'assurer la publicité du marché dans certains autres États membres.

95. De manière plus générale, faut-il considérer que les pouvoirs adjudicateurs sont *tenus*, en vertu de l'obligation de transparence, d'apprécier l'intérêt pouvant exister sur le marché de l'un ou l'autre État membre voisin, et de déterminer, ensuite, à partir de cette appréciation, dans quels États et sous quelle forme le contrat aurait dû être publié (64)? Formulé autrement: y aurait-il des raisons impératives pour considérer qu'un pouvoir adjudicateur devrait procéder à une appréciation approfondie de la situation du marché et, en conséquence, être amené, parfois, à garantir un degré de publicité plus élevé que celui exigé par la législation nationale?

96. Je ne pense pas que l'obligation de transparence existant en droit communautaire devrait être interprétée comme imposant une telle exigence s'agissant des marchés ayant une valeur inférieure au seuil. Les pouvoirs adjudicateurs seraient tenus d'apprécier, pour chaque contrat de faible valeur ayant une importance «potentielle» (quelle que soit la manière dont il convient de définir cette notion), l'intérêt du marché parmi une sélection non précisée (et non précisable) d'États membres au risque d'être pénalisés (65) s'ils omettent de le faire correctement. Une telle situation est l'antithèse de la sécurité juridique. Il me semble qu'une telle exigence est, par ailleurs, susceptible de toucher les petits pouvoirs adjudicateurs (notamment au niveau local) –qui ont plutôt des marchés de faible valeur à proposer – plus souvent que les pouvoirs adjudicateurs importants. À supposer que j'aie raison sur ce point, cela reviendrait à leur imposer une charge disproportionnée et irréaliste.

97. À mon avis, l'avantage de mon approche consistant à éviter l'absence de sécurité juridique compense l'avantage marginal au profit de l'intégration des marchés s'agissant des marchés publics que pourraient éventuellement représenter des exigences précises du droit communautaire en matière de publicité pour les marchés de faible valeur.

98. C'est pourquoi j'estime que la question de savoir ce qui constitue un degré de publicité adéquat pour les marchés de faible valeur relève du droit national (66). Si, après analyse, la Commission estime que les règles nationales applicables en matière de marchés publics dans un État membre déterminé n'assurent pas une transparence adéquate et mettent, par conséquent, l'application du principe de l'égalité de traitement en péril, elle introduira, sans aucun doute, un recours en manquement contre l'État membre en question.

Ainsi, les ressources de la Commission et de la Cour seraient, elles aussi, peut-être employées de manière plus efficace que lors de l'examen de prétendus manquements dans l'attribution de différents marchés de faible valeur.

99. C'est pourquoi j'arrive à la conclusion que le recours de la Commission doit être rejeté.

Dépens

100. Dans ses conclusions, la République de Finlande a demandé la condamnation de la Commission aux dépens. Bien que la manière dont la République de Finlande a assuré sa défense n'ait pas permis d'obtenir toutes les informations utiles, je ne vois pas de raison pour la Cour de s'écarter de sa pratique normale. C'est pourquoi il convient, conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, de condamner la Commission aux dépens en tant que partie qui succombe. Il convient que la Cour décide que les États membres intervenants supportent leurs propres dépens conformément à l'article 69, paragraphe 4, du règlement de procédure.

Conclusion

101. Par ces motifs, je propose à la Cour de:

- déclarer le recours irrecevable;
- subsidiairement, rejeter le recours;
- condamner la Commission des Communautés européennes à supporter ses propres dépens ainsi que ceux de la République de Finlande;
- décider que les États membres intervenants supportent leurs propres dépens.

1 – Langue originale: l'anglais.

2 – Directive du 14 juin 1993 (JO L 199, p. 1), telle que modifiée notamment par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997 (JO L 328, p. 1). Après la période en cause, d'autres modifications ont été apportées par la directive 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001 (JO L 285, p. 1). Avec effet à compter du 31 janvier 2006, la directive 93/36 a été abrogée et remplacée par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

3 – Voir la contre-valeur des seuils fixés conformément à la directive 93/36 au JO 1999, C 379, p. 20, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Aucune des parties n'a informé la Cour de la date précise à laquelle le contrat litigieux a été conclu. Pour des raisons que j'exposerai au point 24, je suppose que cela s'est passé au cours du premier semestre de l'année 2000. Au moment en cause, le seuil à compter duquel la directive 93/36 était applicable était soumis à des modifications sur une base biennale. Avec effet à compter du 1^{er} janvier 2002, ce seuil a été relevé pour atteindre 249 681 euros (voir la contre-valeur des seuils fixés conformément à la directive 93/36 au JO 2001, C 332, p. 21).

4 – Voir note 3 ci-dessus.

5 – Dans le cadre d'un deuxième type de procédure négociée, le pouvoir adjudicateur assure la publicité du marché et invite un nombre limité d'entreprises à présenter des offres, mais il peut également, dans une certaine mesure, négocier les termes du contrat.

6 – Valtion kiinteistölaitos est le nom que portait anciennement l'autorité gestionnaire des biens immobiliers de l'administration finlandaise. En 2001, cette autorité a été renommée Senaatti-kiinteistöt.

7 – Supplément du *Journal officiel des Communautés européennes* S 48, du 10 mars 1998, et *Virallinen lehti – Julkiset hankinnat* (marchés publics) – n° 11, du 12 mars 1998.

8 – Pour des raisons de commodité, j'adopte la nomenclature finlandaise pour les trois phases. La question de savoir si les trois phases font partie de la même procédure ou devraient être considérées comme constituant des procédures séparées est discutée ci-dessous aux points 60 à 63.

9 – Directive du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54) (ci-après la «directive sur les marchés publics de travaux»). L'avis de marché (et la procédure subséquente) pour les travaux de rénovation et de modification qui constituaient la majorité des lots était régi par la directive sur les marchés publics de travaux (plutôt que par la directive 93/36).

10 – Voir article 6, paragraphe 3, de la directive 93/37. La contre-valeur des seuils fixés conformément à la directive 93/37 au JO 1998, C 22, p. 2 (qui était applicable du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 1999), était de 5 000 000 DTS, équivalant à 29 908 547 FIM. L'avis de marché indiquait que la valeur totale estimée du marché était de 38 millions de FIM.

11 – La Commission déclare que ces invitations à soumissionner datent de l'année 2000, mais ni la Commission ni la République de Finlande n'ont indiqué la date exacte. Étant donné que les offres qui ont fait suite à cet appel ont été rejetées en février 2000, les invitations à soumissionner ont dû être envoyées soit en janvier, soit en février 2000.

12 – Voir point 25 ci-dessous.

13 – Voir points 4 et 6 ci-dessus.

14 – Voir arrêt du 3 février 1994, Grifoni/CEEA (C-308/87, Rec. p. I-341, point 7).

15 – En fait, le texte de l'offre montre clairement qu'elle avait été faite dans le cadre de la seconde tranche des travaux de rénovation et de modification visés dans l'avis de marché publié en mars 1998. Il semble que Rakentajamestarit ait également fait une offre en vue de la fourniture de certains meubles de cuisine (placards de rangement et similaires); mais la République de Finlande a souligné que Rakentajamestarit n'était pas un

fabricant ou fournisseur d'équipements de restauration collective (dans le sens d'appareils de cuisine) et que cette entreprise n'avait jamais fait une offre en vue de la fourniture de tels équipements.

16 – Cette information n'est apparue qu'au stade de l'audience.

17 – Étant donné que la troisième phase a commencé en février 2000, il est clair que le contrat a été conclu *après* cette date. Alors que la date à laquelle le contrat a été conclu est essentielle pour déterminer si le seuil à compter duquel la directive était applicable était de 214 326 ou de 249 681 euros (voir note 3 ci-dessus), il est évident que la valeur du marché (environ 177 000 euros) est en dessous de chacun de ces seuils.

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

19 – Voir point 62 de l'arrêt.

20 – La République de Finlande note que l'attribution a été contestée au niveau national par le ministère des Finances et par le ministère du Commerce et de l'Industrie finlandais, mais qu'elle n'était pas attaquée devant le tribunal de protection des consommateurs finlandais.

21 – Un groupe de travail était censé présenter, en octobre 2004, une proposition législative en vue de l'introduction d'une obligation de faire connaître sur une banque de données informatiques les marchés dont la valeur dépasse les seuils nationaux prescrits.

22 – Correspondant, en anglais, à «sufficient degree of advertising». Voir point 82 ci-dessous pour l'analyse des différences au niveau du sens.

23 – Probablement, la Commission voulait dire en fait que, après l'échec de la procédure restreinte, une nouvelle procédure d'adjudication – qui aurait pu être une procédure négociée – aurait dû être organisée.

24 – Arrêt du 14 octobre 2004, Commission/France (C-340/02, Rec. p. I-9845, point 29).

25 – Voir point 34 ci-dessus.

26 – Arrêt du 10 mai 2001 (C-152/98, Rec. p. I-3463, point 23).

27 – Arrêt du 15 janvier 2002 (C-439/99, Rec. p. I-305, point 11).

28 – Points 24 et 25.

29 – Voir points 13 et 14.

30 – Arrêt du 15 juin 2006, Commission/France (C-255/04, Rec. p. I-5251, point 24).

31 – Arrêt du 24 novembre 2005, Schwarz (C-366/04, Rec. p. I-10139, point 28).

32 – Voir ordonnance du 3 décembre 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505, point 20), et arrêt du 20 octobre 2005, Commission/France (C-264/03, Rec. p. I-8831, point 32).

33 – Arrêt Telaustria et Telefonadress (précité à la note 18, points 60 et 61). L'esprit de cette jurisprudence a, depuis lors, été confirmé par le deuxième considérant du préambule de la directive 2004/18, qui stipule que «[l]a passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence».

34 – Je suppose que le véritable grief est que le pouvoir adjudicateur a omis d'entamer une nouvelle procédure d'attribution: voir note 23 ci-dessus.

35 – Point 3, sous b), de la version finnoise originale de l'avis de marché. Bien que cela ne change rien au fait que le pouvoir adjudicateur lui-même a pris les mesures nécessaires pour susciter un intérêt, à travers toute la Communauté, pour l'installation d'équipements de restauration collective, il convient de noter que d'autres versions linguistiques de l'avis de marché (qui, en fait, résument la version originale) ont omis de mentionner ce lot particulier.

36 – Point 3, sous c).

37 – Point 6, sous b).

38 – Point 13.

39 – Point 21 de la requête.

40 – À l'appui de ce point de vue, la République de Finlande souligne qu'il apparaît qu'un fournisseur potentiel (Kopal) a lu l'avis en ce sens et qu'il a demandé à soumissionner spécifiquement pour les équipements de restauration collective.

41 – Compte tenu de la chronologie, il aurait difficilement pu faire cette mention.

42 – Voir arrêt Grifoni/CEEA (précité à la note 14 ci-dessus, point 7).

43 – Par l’avocat général Jacobs dans ses conclusions présentées le 2 juin 2005 dans l’affaire Commission/Italie (arrêt du 27 octobre 2005, C-525/03, Rec. p. I-9405, point 47). La Cour n’a pas traité cette question, ayant considéré que le recours était irrecevable. Voir également les conclusions présentées par l’avocat général Stix-Hackl le 14 septembre 2006 dans l’affaire Commission/Irlande (C-532/03, pendante devant la Cour), point 111.

44 – L’avocat général Jacobs a exprimé le même point de vue au point 48 de ses conclusions présentées dans l’affaire Commission/Italie (arrêt du 27 octobre 2005).

45 – Arrêt précité à la note 18, point 62.

46 – Voir, également, le point 75 des conclusions de l’avocat général Stix-Hackl présentées le 14 septembre 2006 dans l’affaire Commission/Irlande (C-507/03, pendante devant la Cour) et points 75 à 77 des conclusions de l’avocat général Jacobs présentées le 21 avril 2005 dans l’affaire Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03, affaire radiée).

47 – Arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585, point 50).

48 – Précitée à la note 18 ci-dessus.

49 – Voir points 42 et 43 des conclusions.

50 – C’est l’approche suggérée par l’avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions présentées dans l’affaire Commission/Irlande (C-507/03, précitée à la note 46, point 80).

51 – De la même manière, l’avocat général Stix-Hackl a fait valoir dans ses conclusions présentées dans l’affaire Commission/Irlande (C-507/03, précitées à la note 46, point 62) que le législateur communautaire a consciemment choisi de fixer des obligations de transparence limitées pour l’attribution de marchés pour des services non prioritaires – obligations qui ne sont pas aussi étendues que celles imposées de manière plus générale par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

52 – Arrêt du 21 juillet 2005 (C-231/03, Rec. p. I-7287).

53 – Points 18 à 20.

54 – Voir Braun, P., «A Matter of Principle(s) – the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives», (2000) 9, *Public Procurement Law Review* (1), p. 47.

55 – Voir point 29 des conclusions de l’avocat général Stix-Hackl présentées dans l’affaire Commission/Irlande (C-532/03, précitée à la note 43).

56 – Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics (JO 2000, C 179, p. 2): voir notamment point 2.1. Les divergences linguistiques signalées ci-dessus au point 82 persistent. Ainsi, la version anglaise de la communication emploie le terme «advertising». La version allemande emploie soit le terme «Bekanntmachung», soit celui de «Öffentlichkeit». Les versions française, italienne et espagnole utilisent toutes la même notion («publicité», «pubblicità» et «publicidad» respectivement). Toutes les illustrations fournies constituent, cependant, des types de *publications*. La communication suggère que les pouvoirs adjudicateurs sont responsables du choix du support le plus approprié pour assurer la publicité, mais que ce choix doit être guidé par une évaluation de l’intérêt du contrat pour le marché intérieur. Plus l’intérêt est grand dans d’autres États membres, plus large doit être la couverture. La communication poursuit en énumérant un certain nombre de moyens de publication qui peuvent, dans certaines circonstances, être considérés comme «adéquats», tels qu’Internet, incluant les sites Web et les portails du pouvoir adjudicateur, les Journaux officiels de l’Union européenne et des États membres, les journaux nationaux spécialisés dans la publication d’avis de marchés publics, les quotidiens nationaux ou régionaux, les publications spécialisées, les publications locales, telles que les quotidiens, les bulletins communaux et les tableaux d’affichage. Je ne vois pas en quoi cette communication traite le problème de la sécurité juridique que j’aborde ci-dessus.

57 – Dans son arrêt rendu le 15 septembre 1994, KYDEP/Conseil et Commission (C-146/91, Rec. p. I-4199), la Cour a souligné le caractère non contraignant d’une interprétation donnée par la Commission concernant une mesure de droit communautaire.

58 – La Cour a également imposé cette exigence en rapport avec la nécessité de publier des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre dans le cadre d’une procédure restreinte s’agissant d’un marché relevant du champ d’application de la directive sur les marchés publics de travaux, lorsque cette directive ne contient aucune disposition spécifique relative aux exigences de publicité (voir arrêt du 12 décembre 2002, Universale Bau e.a., C-470/99, Rec. p. I-11617, points 87, 92 et 93, ainsi que l’analyse subséquente).

59 – Dans l’affaire Telaustria et Telefonadress, la valeur des espaces publicitaires s’agissant des annuaires faisant l’objet de la concession était de 35 millions d’euros, conformément aux déclarations de Telaustria. Dans l’arrêt rendu dans l’affaire Parking Brixen, cité à la note 47, la valeur de la concession n’a pas été précisée par la Cour. Cependant, le fait que le prestataire qui s’est vu attribuer la concession versait au pouvoir adjudicateur une indemnité annuelle de 151 700 euros, laquelle était indexée sur le prix des tickets de stationnement (voir point 26 de l’arrêt), suggère que le revenu tiré de ces tickets doit avoir été substantiel. La Cour a jugé qu’il ne pouvait être exclu que des entreprises établies dans d’autres États membres auraient été intéressées par le marché (point 55). En conséquence, la transparence de l’attribution a été appréciée à la lumière de l’exigence – formulée par l’arrêt Telaustria et Telefonadress – de

garantir un degré de publicité adéquat (voir point 49 et analyse subséquente). Dans l'arrêt rendu par la Cour le 6 avril 2006 dans l'affaire ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), la concession de services portait sur la fourniture de services de transport dans la commune de Bari (Italie), pour laquelle le fournisseur était rémunéré, du moins en partie, par la vente des tickets aux usagers. Là encore, la valeur exacte de la concession n'est pas précisée par la Cour. Cependant, étant donné que la seule et unique activité de l'entreprise qui avait obtenu la concession était la fourniture de services de transport urbain local public dans la ville de Bari (arguments du Comune di Bari, point 5), il semble très probable que la valeur de la concession excède le seuil prévu par la directive en cause pour les marchés ne constituant pas des concessions.

60 – Voir, par exemple, quatorzième considérant de la directive 93/36, précité au point 4 ci-dessus.

61 – Voir point 6 ci-dessus.

62 – C'est ce qui apparaît clairement après la lecture combinée des dispositions de l'article 5, paragraphe 1, sous a), et du quatorzième considérant. En tout état de cause, le fait de fixer un seuil chiffré pour l'application d'une règle implique nécessairement l'apparition (tôt ou tard) de cas particuliers dont la valeur tombe juste en dessous du seuil et qui ne seront, par conséquent, pas couverts par la règle en question.

63 – J'admets que le pouvoir adjudicateur a invité un représentant d'un fournisseur situé dans un autre État membre à faire une offre en l'an 2000. Cependant, rien n'indique que le représentant lui-même ne se trouvait pas en République de Finlande. Si tel était le cas, le fournisseur et son représentant étaient dans une situation différente des fournisseurs d'équipements de restauration collective dans la Communauté ne disposant pas de représentants en République de Finlande.

64 – Telle est la position expressément adoptée par la Commission dans sa communication: voir points 1.3 et 2.1.2.

65 – La Commission se veut rassurante dans sa communication (au point 1.3) en indiquant que «[q]uand [elle] aura connaissance d'une violation potentielle [...] elle appréciera l'intérêt que présente le marché en question pour le marché intérieur [...] Elle n'engagera de procédures d'infraction [...] que dans les cas où elle le jugera approprié au regard de la gravité de l'infraction et de ses répercussions sur le marché intérieur.» Mis à part la question de savoir si le présent recours en manquement passe objectivement ce test, il est clair que le concurrent déçu serait parfaitement libre de faire un recours devant les juridictions nationales et de demander un renvoi conformément à l'article 234 CE.

66 – Il convient de noter que, au point 62 de ses conclusions présentées le 8 novembre 2006 dans l'affaire Commission/Italie (C-412/04, pendante devant la Cour), l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a, de manière similaire, fait valoir que l'établissement de règles précises concernant la divulgation des offres en vue de satisfaire à l'obligation de transparence incombe à chaque État membre, avec certaines limites.

