

Affaire C-327/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

19 avril 2019

Juridiction de renvoi :

Korkein hallinto-oikeus (Finlande)

Date de la décision de renvoi :

15 avril 2019

Partie requérante :

Nobina Finland Oy

ORDONNANCE DU KORKEIN HALLINTO-OIKEUS (Cour administrative suprême, Finlande)

Affaire :

demande de décision préjudicielle adressée à la Cour de justice de l'Union européenne conformément à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

Partie requérante : Nobina Finland Oy

Autres parties/participants :

Helsingin seudun liikenne – kuntayhtymä (transports de la région de Helsinki – groupement de communes)

Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

Décision faisant l'objet du recours :

[décision du] markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques, Finlande) du 27 janvier 2017 [omissis]

Objet du litige et formulation du problème

- 1 Dans l'affaire pendante devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), le Helsingin seudun liikenne – kuntayhtymä (transports de la région de

Helsinki – groupement de communes, ci-après « HSL ») a, par le biais d'un avis de marché pour des secteurs spéciaux publié au Journal officiel de l'Union européenne le 25 août 2015, mis des services de transport en bus en concurrence dans le cadre d'une procédure ouverte.

- 2 HSL est une entité adjudicatrice relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après la « directive 2004/17 »). [Or. 2]
- 3 Le marché relatif au service de transport en bus, en cause en l'espèce, relève de la catégorie 2 « Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier » figurant à l'annexe XVII A de la directive 2004/17. La valeur totale du marché, estimée hors taxe sur la valeur ajoutée, est d'environ 60 millions et dépasse le seuil fixé à l'article 16 de la directive 2004/17.
- 4 Dans l'affaire pendante devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), il s'agit de la question de savoir si l'entité adjudicatrice était autorisée à limiter, conformément à une clause qu'elle avait prévue dans l'invitation à soumissionner, le nombre de lots pouvant être attribués à un seul soumissionnaire (clause de limitation).
- 5 L'utilisation de la clause de limitation dans le cadre de la procédure d'attribution en cause a eu pour conséquence que le lot 210 du marché, qui est visé par le recours introduit par Nobina Finland Oy (ci-après « Nobina ») devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), a été attribué à Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab (ci-après « Pohjolan Kaupunkiliikenne ») qui avait fait la seconde meilleure offre pour le lot en question, et non pas à Nobina qui avait fait la meilleure offre.

Éléments de fait pertinents

- 6 Au vu de l'invitation à soumissionner, il s'agit d'un marché de services. La mise en concurrence se fait sous la forme d'une concurrence au niveau du coût des prestations et, dans le cadre de la procédure y afférente, les exploitants en matière de transport soumettent une offre pour un service de transport sur les lignes correspondant au lot du marché, conformément à l'horaire et au schéma d'horaires donnés par l'entité adjudicatrice.
- 7 L'invitation à soumissionner portait sur 12 lots, dont trois contenaient des options. Les lots étaient composés d'une ou de plusieurs lignes de bus dans la région de la capitale. Selon l'invitation à soumissionner, le service de transport visé par le marché porte sur environ 13,6 à 14,7 millions de kilomètres par an et nécessite un nombre de bus par jour ouvrable allant de 198 à 206. La part du service de transport mis en concurrence correspond à environ 15 % des kilomètres de lignes

de bus attribués par HSL et à environ 16 % du nombre de bus. Le nombre de jours de bus afférents aux différents lots publiés dans l'invitation à soumissionner, c'est-à-dire le nombre de bus par jour ouvrable, nécessaire pour assurer le transport, était de 5 à 39 bus.

- 8 Selon l'invitation à soumissionner, la durée des marchés à conclure pour les lots est de sept ans. Ces marchés contiennent de plus une clause qui prévoit une option, en vertu de laquelle les marchés peuvent être prolongés de trois ans au maximum. [Or. 3]
- 9 Selon l'invitation à soumissionner, le lot 210 qui, en raison de l'application de la clause de limitation, a été attribué à Pohjolan Kaupunkiliikenne au lieu d'être attribué à Nobina, porte sur trois lignes dont l'exploitation nécessite, par jour ouvrable, 26 bus qui parcourent environ 1,87 millions de kilomètres par an.
- 10 Dans l'invitation à soumissionner, il est indiqué que les offres peuvent être faites pour un ou plusieurs lots. L'offre ne peut être faite que pour un lot entier et il n'est pas autorisé de diviser les lots en parties. À titre de critère d'attribution du marché, on indique le caractère globalement avantageux sur le plan économique, lors de l'appréciation duquel il est tenu compte du prix global de la fourniture du service de transport et des caractéristiques de la flotte de bus de ligne à titre de facteurs de qualité.
- 11 La clause de limitation adoptée dans la procédure de passation de marché en cause en l'espèce indique le volume maximal de services de transport qu'une entreprise individuelle ou des entreprises faisant partie d'un même groupe ou associées pour la soumission d'une offre peuvent se voir attribuer par le biais d'une procédure de passation de marché. La clause de limitation est libellée comme suit :

« Dans le cadre de la présente procédure de passation de marché, il est possible d'attribuer à un soumissionnaire individuel des lots portant sur un service de transport de 110 bus de lignes au maximum. Si, à la suite de la comparaison des offres pour tous les lots de la procédure de passation de marché, il s'avère qu'un seul soumissionnaire a remporté des lots, dont le nombre total de jours de bus figurant dans la description des lots, est supérieur à 110, il est procédé au calcul d'un chiffre distinctif pour ces lots. Le chiffre distinctif correspond au produit de la multiplication du nombre de bus afférent au lot et du chiffre correspondant à la différence entre les points attribués à la suite de la comparaison à la meilleure et à la seconde meilleure offre. Les lots sont classés en fonction du chiffre distinctif. Les lots, dont le chiffre distinctif est le plus petit, sont attribués à la seconde meilleure offre selon le classement en fonction du chiffre distinctif, jusqu'à ce que le nombre total de bus afférent aux lots attribués à un même soumissionnaire s'élève au maximum à 110. Ainsi, la limitation est appliquée de manière à ce que l'effet combiné des décisions d'attribution modifiées sur l'entité adjudicatrice soit aussi réduit que possible du point de vue du caractère globalement avantageux des marchés sur le plan économique. »

- 12 Pour justifier la clause de limitation, HSL a fait valoir que le nombre total des services de transport devant être attribués par le biais de la procédure de passation de marché est exceptionnellement élevé. L'objectif de la limitation est de garantir le maintien d'une situation de concurrence sur le marché du transport en bus de la région de la capitale et de réduire le risque pour la qualité de la gestion du transport, lié à la reprise d'un volume important de services de transport et à la mise en œuvre d'itinéraires modifiés. L'entité adjudicatrice a estimé que la limitation était conforme aux objectifs et aux types de procédure de la directive 2014/25.
- 13 D'après la documentation relative à la décision d'attribution, Nobina a présenté la meilleure offre pour six lots. Le nombre de bus pour les lots en question était de 120, ce qui dépasse le volume de services de transport par 110 bus de ligne, prévu par la clause de [Or. 4] limitation. Le nombre de bus de ligne des deux lots remportés par Pohjolan Kaupunkiliikenne était de 72. Conformément à la clause de limitation appliquée dans le cadre de la mise en concurrence concernant le volume de services de transport par 110 bus de ligne, le lot 210, du fait que son chiffre distinctif était le plus petit, est passé de Nobina qui avait fait la meilleure offre à Pohjolan Kaupunkiliikenne qui avait fait la seconde meilleure offre. Après l'application de la clause de limitation, le nombre de bus de ligne était de 94 pour Nobina et de 98 pour Pohjolan Kaupunkiliikenne.

Législation nationale

Loi relative aux procédures de passation de marchés publics dans les secteurs spéciaux

- 14 La directive 2004/17 a été transposée en Finlande par la *vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annettu laki 349/2007* (loi 349/2007 relative aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, également : loi relative aux procédures de passation de marchés publics dans les secteurs spéciaux, ci-après la « loi 349/2007 »)¹.
- 15 Selon l'article 2, paragraphe 1, de la loi 349/2007, l'entité adjudicatrice doit pleinement tirer profit des conditions de concurrence, traiter les participants à une procédure de marché public sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agir avec transparence, en tenant compte de l'exigence de proportionnalité. Selon la première phrase du deuxième alinéa de cet article, les entités adjudicatrices doivent organiser l'attribution des marchés de manière à ce que les

¹ <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/kumotut/2007/20070349>. La loi 349/2007 a été remplacée par la *laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1398/2016*, (loi 1398/2016 relative aux procédures de passation de marchés publics et aux contrats de concession dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

marchés puissent être réalisés de manière aussi économique et systématique que possible et être, dans leur ensemble, aussi conformes que possible à l'objectif visé, compte tenu des caractéristiques environnementales.

- 16 Selon l'article 54, premier alinéa, première phrase, de la loi 349/2007, un marché doit être attribué soit au soumissionnaire dont l'offre est, du point de vue de l'entité adjudicatrice, économiquement la plus avantageuse conformément aux critères liés à l'objet du marché en question, soit au soumissionnaire dont l'offre est la moins chère.

Dispositions pertinentes du droit de l'Union

Directive 2004/17

- 17 Selon l'article 10 de la directive 2004/17, les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. [Or. 5]
- 18 L'article 55, paragraphe 1, de la directive 2004/17, prévoit que, sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont :
- a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue des entités adjudicatrices, divers critères liés à l'objet du marché en question, tels que le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix ;
- b) soit uniquement le prix le plus bas.
- 19 D'après l'article 17, paragraphe 6, sous a), de la directive 2004/17, lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.
- 20 Le point 5, sous b), de l'annexe XIII à la directive 2004/17, relative aux informations qui doivent paraître dans les avis de marchés, est libellé comme suit : « Indications relatives à la possibilité pour les fournisseurs de soumissionner pour des parties et/ou pour l'ensemble des fournitures requises. Si, pour les marchés de travaux, l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots et la possibilité de soumissionner pour un, pour plusieurs ou pour l'ensemble des lots. »

- 21 De la même manière, il est indiqué au point 7 de l'annexe VII A, relative aux informations qui doivent figurer dans les avis, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après la « directive 2004/18 ») que : « Lorsque les marchés sont divisés en lots, indication de la possibilité, pour les opérateurs économiques, de soumissionner pour un, plusieurs et/ou la totalité de ces lots. »

Directive 2014/25

- 22 Le délai fixé par la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, (ci-après la « directive 2014/25 ») pour la transposition de la directive dans la législation nationale a expiré le 18 avril 2016. La directive n'avait pas encore été transposée en Finlande au moment où HSL a commencé la procédure de passation de marché public, à savoir le 25 août 2015. La décision d'attribution dans l'affaire est intervenue le 8 décembre 2015. [Or. 6]
- 23 Bien que la directive 2014/25 ne soit pas applicable *ratione temporis* au marché en cause en l'espèce, le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) estime qu'il est utile de renvoyer aux dispositions de cette directive.
- 24 Selon l'article 65, paragraphe 1, de la directive 2014/25, relatif à la division des marchés en lots, les entités adjudicatrices peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont elles peuvent déterminer la taille et l'objet. Dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, si le moyen de mise en concurrence est un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans l'invitation à soumissionner ou à négocier, les entités adjudicatrices indiquent s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots.
- 25 Selon le paragraphe 2 de l'article précité, les entités adjudicatrices peuvent, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché, ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, ou dans l'invitation à soumissionner ou à négocier. Les entités adjudicatrices indiquent dans les documents de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'elles entendent appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.
- 26 Au considérant 88 du préambule de la directive 2014/25, il est indiqué entre autres que, lorsque les marchés sont divisés en lots, les entités adjudicatrices devraient être autorisées, par exemple en vue de préserver la concurrence ou d'assurer la fiabilité de l'approvisionnement, à limiter le nombre de lots pour lesquels un

opérateur économique peut soumissionner ; il devrait également leur être permis de limiter le nombre de lots pouvant être attribués à un même soumissionnaire.

Résumé du traitement antérieur de l'affaire et des principaux arguments des parties

Markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques)

- 27 Le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), qui a traité l'affaire en première instance, a estimé que la clause de limitation en cause en l'espèce ne devait pas être considérée comme discriminatoire, inégalitaire ou autrement contraire aux dispositions applicables en matière de marchés publics. Le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) a rejeté le recours de Nobina pour ce qui concerne le moyen de recours relatif à la clause de limitation. **[Or. 7]**
- 28 Le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) a estimé que les objectifs indiqués par HSL pour imposer la clause de limitation ne sauraient être considérés comme étant contraires aux dispositions applicables en matière de marchés publics. En vertu de ces objectifs, la participation d'un soumissionnaire a pu être limitée au niveau des lots de la manière indiquée dans les documents préparatoires relatifs aux directives de 2014 en matière de passation de marchés publics.
- 29 Par la référence aux documents préparatoires précités, le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) visait la proposition du Conseil datée du 21 février 2012 pour la directive relative à la passation de marchés publics, 18966/11 MAP 10 MI 686, concernant la catégorie 5 relative à la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics. Selon le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques), il résulte de la proposition que les entités adjudicatrices pouvaient déjà limiter la participation d'un soumissionnaire aux lots d'un marché avant l'entrée en vigueur de la directive 2014/25. Le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) a jugé que, selon la proposition, les entités adjudicatrices pouvaient avoir un motif sérieux pour éviter le choix d'un seul soumissionnaire pour tous les lots d'un marché. Le motif sérieux pouvait concerner la garantie d'une base de fournisseurs plus large en vue d'éviter la position dominante d'un fournisseur, en vue d'empêcher le renforcement de la position d'un opérateur se trouvant dans une position dominante, ou des questions relatives à la sécurité d'approvisionnement.
- 30 Dans sa décision, le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) a constaté que la clause de limitation avait été publiée dans l'invitation à soumissionner et qu'elle s'adresse à tous les soumissionnaires. Selon lui, la clause de limitation ne peut, au regard de l'exigence du caractère globalement avantageux sur le plan économique, pas être considérée comme se distinguant d'une situation considérée comme autorisée, où le marché est divisé en lots et où la participation d'un soumissionnaire à un marché est limitée pour ce qui concerne les lots.

Procédure devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême)

- 31 Dans son pourvoi devant le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), Nobina a considéré que l'application de la clause de limitation n'avait pas abouti au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.
- 32 Nobina a déclaré que les directives de 2004 en matière de passation de marchés publics autorisaient uniquement la division ex ante d'un marché en lots. HSL n'a pas procédé, à l'avance, à la limitation du nombre de lots pour lesquels le soumissionnaire pouvait soumettre une offre, mais la limitation est fondée sur une réduction effectuée ex post. Une limitation ex ante et une clause de limitation ex post ne constituent pas des procédures pouvant être comparées entre elles du point de vue du caractère globalement avantageux sur le plan économique.
- 33 Selon Nobina, la clause de limitation est, en tout état de cause, contraire aux principes juridiques en matière de marchés publics, fondés sur le droit de l'Union. La clause est contraire aux principes de proportionnalité, de transparence, d'égalité et de non-discrimination et elle est de nature à fausser la concurrence. **[Or. 8]**
- 34 Nobina a estimé que la limitation ex post des lots remportés aboutit à des offres optimisées de manière inefficace et qu'elle entraîne l'emploi de fonds publics pour l'offre qui était la seconde meilleure offre. La clause n'est pas indispensable pour le maintien de la concurrence ni pour la réduction des risques d'exploitation. La clause ne favorise pas une situation de concurrence sur une période plus longue, mais peut entraîner une restriction de la concurrence et une augmentation du niveau du prix.
- 35 Nobina estime que, par sa clause de limitation, l'entité adjudicatrice porte atteinte aux conditions de concurrence sur les marchés. La clause peut être appliquée de manière aléatoire et imprévisible à l'avance et donc influencer de manière disproportionnée sur le classement final d'un soumissionnaire dans le cadre de la mise en concurrence. D'autres opérateurs que Nobina ont pu, malgré la clause de limitation, augmenter leur part de marché au niveau des services de transport de la région de la capitale.
- 36 HSL a fait valoir que les lots avaient été attribués aux offres économiquement les plus avantageuses compte tenu de la clause de limitation et que l'entité adjudicatrice n'avait pas agi en violation des dispositions en matière de marchés publics.
- 37 HSL a constaté que les directives de 2014 contiennent des dispositions autorisant l'utilisation d'une clause de limitation. Elles concernent le principe relatif au maintien de la concurrence, prévu par la législation antérieure en matière de passation de marchés publics. Même si la législation antérieure ne comportait pas de dispositions relatives à la division des marchés, il convient de noter que, à l'époque des dispositions antérieures, la division des marchés faisait déjà partie du domaine d'appréciation de l'entité adjudicatrice.

- 38 L'annexe VII A à la directive 2004/18, les documents préparatoires visés dans la décision du markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques) et le document préparatoire SEC(2008)2193 du 25 juin 2008 permettent de conclure que l'utilisation de la clause de limitation en cause était possible en vertu des directives de 2004.
- 39 Selon la clause de limitation utilisée par HSL, le soumissionnaire pouvait faire une offre pour chaque lot du marché et être retenu pour plusieurs lots du marché. Du point de vue du soumissionnaire, la clause de limitation constitue une alternative moins contraignante que celle consistant à limiter le nombre de lots pouvant faire l'objet d'une offre.
- 40 Même si, au moment où la procédure de passation de marché a débuté, les directives de 2014 en matière de marchés publics n'étaient pas entrées en vigueur au niveau national, HSL avait le droit d'appliquer la clause de limitation moins contraignante, étant donné que l'utilisation de celle-ci n'était pas contraire à la législation nationale.
- 41 Selon HSL, la mise à profit des possibilités de concurrence également dans le cadre de procédures de passation de marché futures et l'absence d'une trop grande dépendance de l'entité adjudicatrice de la sécurité d'approvisionnement assurée par un seul fournisseur peuvent être considérées comme des objectifs légitimes [Or. 9] pouvant être atteints par la clause de limitation. La clause de limitation n'a pas été appliquée en violation des principes en matière de passation de marchés publics.
- 42 Pohjolan Kaupunkiliikenne a fait valoir que la clause de limitation n'était pas contraire aux dispositions en matière de marchés publics.

Nécessité d'une demande de décision à titre préjudiciel

- 43 Selon le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), le marché dont il s'agit en l'espèce relève du champ d'application de la directive 2004/17. Le marché relève donc de la loi 349/2007 relative aux procédures de passation de marchés publics dans les secteurs spéciaux et non pas de la loi 348/2007 relative aux procédures de passation de marchés publics, comme indiqué par le markkinaoikeus (tribunal des affaires économiques).
- 44 Il convient donc de répondre à la question de savoir si la clause de limitation est autorisée à partir des dispositions de la directive 2004/17. Lors de l'appréciation juridique de l'affaire, peu importe cependant de savoir s'il convient d'appliquer la directive 2004/17 ou la directive 2004/18, étant donné que, pour ce qui concerne la question en cause, ces deux directives prévoient des dispositions similaires.
- 45 Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) estime qu'il est indispensable de déférer une demande de décision préjudicielle en vue de pouvoir juger l'affaire. Selon le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), il

faut une interprétation relative à la question de savoir si la directive 2004/17 s'oppose à ce que, dans une situation où, conformément à l'invitation à soumissionner, un soumissionnaire peut déposer une offre pour plusieurs ou tous les lots, l'entité adjudicatrice puisse, également en vertu de l'invitation à soumissionner, limiter, par sa décision d'attribution, le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire.

- 46 Il faut également une interprétation s'agissant de l'importance que représente, en vue de déterminer si la clause de limitation est autorisée, le fait que la directive 2004/17 ne contient pas de disposition expresse relative à la division des marchés en lots et que, en vertu de cette directive, le critère d'attribution du marché doit être le caractère globalement avantageux sur le plan économique ou le prix le plus bas.
- 47 Il faut en plus une interprétation concernant le point de savoir si, en vue de déterminer si la clause de limitation est autorisée, on peut tenir compte du résultat final concret auquel aboutirait l'application de la clause dans le cadre de la mise en concurrence.
- 48 Selon le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême), il n'y a aucun cas dans la jurisprudence de la Cour dans lequel il aurait été question de la possibilité de limiter, dans le cadre de l'application des directives de 2004, le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire. [Or. 10]
- 49 Il semble également au korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) qu'il n'y a pas non plus eu de demande de décision préjudicielle concernant l'article 65, paragraphe 2, de la directive 2014/25 ou les dispositions correspondantes de la directive 2004/18.
- 50 Les directives de 2004 ne contiennent pas de disposition expresse concernant la question de savoir si une entité adjudicatrice peut diviser un marché en lots tout en limitant le nombre de lots pour lesquels une offre peut être soumise. Au vu de l'article 17, paragraphe 6, sous a), et du point 5, sous b), de l'annexe XIII de la directive 2004/17, et au vu des dispositions correspondantes de la directive 2004/18, le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) estime qu'il est clair qu'une telle division d'un marché est possible.
- 51 La limitation du nombre de lots pour lesquels un soumissionnaire peut faire une offre et la limitation du nombre de lots pouvant être attribués à un seul soumissionnaire ne constituent pas des alternatives pleinement comparables. Dans le cadre de la première alternative, le soumissionnaire doit choisir, dès la soumission de son offre, les lots visés par celle-ci et l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse ou à l'offre dont le prix est le plus bas. Dans le cadre de la deuxième alternative, le soumissionnaire peut, s'il le souhaite, soumettre une offre pour tous les lots, mais, du fait de l'application de la clause de limitation, un lot individuel est susceptible d'être attribué à la seconde offre économiquement la plus avantageuse ou à la seconde offre la moins chère.

- 52 D'autre part, la clause de limitation qui s'applique seulement après la soumission des offres peut constituer, pour le soumissionnaire, un type de procédure plus avantageux que la limitation ex ante au niveau des offres, étant donné que le soumissionnaire peut, s'il le souhaite, déposer une offre pour plusieurs ou tous les lots et que la clause de limitation ne s'applique pas nécessairement.
- 53 La clause de limitation a été indiquée dans l'avis de marché et dans l'invitation à soumissionner. Y figuraient, à titre d'objectifs de la clause de limitation, le maintien d'une situation de concurrence sur les marchés du transport en bus dans la région de la capitale et la réduction du risque pour la qualité de la gestion du transport, lié à la reprise d'un volume important de services de transport et à la mise en œuvre d'itinéraires modifiés.
- 54 Les soumissionnaires et l'entité adjudicatrice ne savent pas à l'avance à quel lot, c'est-à-dire à quelle partie du marché mis en concurrence, la clause de limitation est susceptible de s'appliquer. En pratique, la situation ne se distingue pas, en soi, d'une mise en concurrence qui ne comporte pas cette clause, étant donné que, dans ce cas, le soumissionnaire ne sait pas non plus à l'avance si son offre sera sélectionnée. [Or. 11]
- 55 D'après l'invitation à soumissionner publiée par HSL, les offres devaient être faites pour les différents lots du marché. Le seuil à partir duquel s'applique la clause de limitation ne se situait cependant pas au niveau du nombre de lots remportés par un soumissionnaire, mais au niveau du nombre de jours de bus de ligne remportés par le soumissionnaire. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) suppose que, si, dans la clause, une limite maximale est imposée au niveau du nombre de jours de bus remportés, cela est dû au fait que la taille des différents lots du marché varie du point de vue du volume des services de transport à assurer.
- 56 Lors de l'application de la clause de limitation, le ou les lots du marché passe(nt), dans sa ou leur totalité au soumissionnaire ayant soumis la seconde meilleure offre, et non pas seulement pour ce qui concerne les jours de bus dépassant le seuil fixé. C'est le soumissionnaire qui a fait la seconde meilleure offre qui remporte le ou les lots où la différence de points entre la meilleure et la seconde meilleure offre, multipliée par le nombre de bus du lot, est la plus petite. Selon HSL, la clause a été adoptée afin que l'application de cette clause ait un impact aussi réduit que possible sur le caractère globalement avantageux des marchés sur le plan économique.
- 57 Dans la présente espèce, le résultat final de la mise en concurrence a cependant, du fait de l'application de la clause de limitation, été que le nombre total de jours de bus de ligne de Nobina a été baissé de 120 à 94 bus et donc à un nombre plus réduit que le nombre total de jours de bus de ligne de Pohjolan Kaupunkiliikenne, qui a été augmenté de 72 à 98 bus. Le transfert du lot du soumissionnaire ayant fait la meilleure offre au soumissionnaire ayant fait la seconde meilleure offre a eu pour effet que le soumissionnaire ayant fait la meilleure offre a remporté, dans le

cadre de la mise en concurrence, l'exploitation d'un nombre de jours de bus de ligne globalement inférieur à celui remporté par le soumissionnaire ayant fait la seconde meilleure offre. Malgré l'application de la clause de limitation, Nobina a remporté plus de lots que Pohjolan Kaupunkiliikenne.

- 58 L'application d'une clause de limitation comme celle en cause dans la présente espèce pourrait aboutir, au niveau du résultat final de la mise en concurrence, à des modifications encore plus importantes que celles intervenues dans la présente espèce et, du fait de la clause, il serait, dans certains cas, plus avantageux d'être classé deuxième dans la comparaison des offres. Si le nombre de jours de bus remportés par un soumissionnaire était par exemple de 111 et si le plus petit chiffre distinctif, mesuré en fonction du nombre de bus, se trouvait dans le plus grand lot, c'est-à-dire celui qui comporte 39 bus, cela signifierait que, du fait du dépassement du seuil fixé d'un seul jour de bus, il perd la totalité du lot de 39 bus. Comme, outre la différence de points entre les offres, le nombre de bus du lot détermine le transfert du lot au soumissionnaire ayant fait la seconde meilleure offre, il est cependant plus probable que le soumissionnaire qui avait remporté le marché perde un autre lot que le lot le plus important du point de vue du nombre de bus.
- 59 Compte tenu de ce qui précède, le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) a également examiné la question de savoir s'il convient d'apprécier sur le plan abstrait si la clause de limitation est autorisée, de sorte que l'utilisation de la clause dans l'avis de marché et dans l'invitation à soumissionner est soit autorisée soit non autorisée en vertu de la directive 2004/17, [Or. 12] ou s'il est possible, lorsqu'il s'agit d'apprécier si la clause de limitation est autorisée, de tenir compte du résultat final auquel aboutirait concrètement l'application de la clause de limitation dans le cadre de la mise en concurrence. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) considère en principe, du point de vue de la sécurité juridique et de la prévisibilité, qu'il est problématique d'apprécier au cas par cas, à partir du résultat final de la mise en concurrence, la légalité de la clause de limitation contenue dans l'invitation à soumissionner et donc connue des soumissionnaires.
- 60 Dans l'hypothèse où il serait considéré que l'utilisation d'une clause de limitation est contraire aux dispositions de l'article 55, paragraphe 1, de la directive 2004/17, relatives aux critères d'attribution des marchés, il en irait de même au regard de la directive de 2014, qui autorise expressément la limitation du nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire.
- 61 Les motifs publiés dans l'avis de marché et dans l'invitation à soumissionner concernant l'utilisation de la clause de limitation correspondent aux motifs indiqués au considérant 88 du préambule de la directive 2014/25 concernant la réglementation prévue par celle-ci, réglementation selon laquelle l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de lots pouvant être attribués à un seul soumissionnaire. L'application de la clause de limitation garantit le maintien de la concurrence. Le maintien d'une concurrence effective sur les marchés contribue à

ce que les marchés conclus par l'entité adjudicatrice, appréciés dans leur totalité sur une période plus longue, soient les plus avantageux sur le plan économique.

Questions préjudicielles

Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) a décidé de surseoir à statuer et de déférer les questions préjudicielles suivantes en vertu de l'article 267 TFUE :

1. La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (« directive 2004/17 ») s'oppose-t-elle à l'interprétation selon laquelle l'entité adjudicatrice peut, dans une situation où une offre peut être soumise pour plusieurs ou tous les lots, limiter, par une clause indiquée dans l'invitation à soumissionner, le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire (clause de limitation) ?
2. En vertu de la clause de limitation appliquée dans la mise en concurrence des services de transport en bus en question, lorsque le nombre de jours de bus des lots remportés par le soumissionnaire dépasse le nombre maximum fixé par la clause, le lot où la différence de points entre la meilleure et la seconde meilleure offre, [Or. 13] multipliée par le nombre de bus du lot, est la plus petite, est attribué au soumissionnaire ayant fait la seconde meilleure offre. L'application de la clause de limitation peut avoir pour conséquence que le soumissionnaire ayant fait la meilleure offre pour le lot en question obtient, en vertu de la mise en concurrence, l'exploitation d'un nombre de jours de bus qui, dans son ensemble, est inférieur à celui attribué au soumissionnaire ayant fait la seconde meilleure offre.
 - a) Peut-on, en vue de déterminer si la clause de limitation est autorisée, tenir compte du résultat final concret auquel pourrait aboutir l'application de la clause de limitation lors de la mise en concurrence ou convient-il d'apprécier cela de manière abstraite, de sorte que l'utilisation d'une clause de limitation comme celle en cause en l'espèce est soit autorisée soit non autorisée en vertu de la directive 2004/17 ?
 - b) Convient-il, en vue de déterminer si une clause de limitation comme celle en cause en l'espèce, d'accorder de l'importance aux éléments exposés dans l'invitation à soumissionner à titre de motivation de la clause, concernant le maintien d'une situation de concurrence pour le transport en bus dans la région de la capitale, ainsi que la réduction du risque pour la qualité de la gestion du transport, lié à la reprise d'un volume important de services de transport et à la mise en œuvre d'itinéraires modifiés ?

[omissis] [Or. 14] [omissis]