

ARRÊT DE LA COUR

17 novembre 1993 *

Dans l'affaire C-71/92,

Commission des Communautés européennes, représentée initialement par M. Rafael Pellicer, membre du service juridique, puis par M. Hendrik Van Lier, conseiller juridique, et M^{me} María Blanca Rodríguez Galindo, membre du service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Nicola Anecchino, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie requérante,

contre

Royaume d'Espagne, représenté par MM. Alberto José Navarro González, directeur général de la coordination juridique et institutionnelle communautaire, et Miguel Bravo-Ferrer Delgado, abogado del Estado, du service du contentieux communautaire, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade d'Espagne, 4-6, boulevard Emmanuel Servais,

partie défenderesse,

ayant pour objet de faire constater que, en maintenant en vigueur certaines dispositions qui constituent une exclusion du champ d'application de la réglementation nationale sur les marchés publics, certaines dispositions qui permettent la passation de marchés de gré à gré, certaines dispositions relatives aux règles de participation et critères de sélection qualitative, certaines dispositions relatives aux normes techniques et certaines dispositions sur des critères d'attribution, le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30 et 59 du traité CEE et des directives 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5) et 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1),

* Langue de procédure: l'espagnol.

LA COUR,

composée de MM. G. F. Mancini, président des deuxième et sixième chambres, f. f. de président, J. C. Moitinho de Almeida et M. Díez de Velasco, présidents de chambre, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler, F. Grévisse, M. Zuleeg, P. J. G. Kapteyn et J. L. Murray, juges,

avocat général: M. C. Gulmann
greffier: M^{me} L. Hewlett, administrateur

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 5 mai 1993,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 30 juin 1993,

rend le présent

Arrêt

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 6 mars 1992, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CEE, un recours visant à faire constater que, en maintenant en vigueur certaines dispositions qui constituent une exclusion du champ d'application de la réglementation nationale sur les marchés publics, certaines dispositions qui permettent la passation de marchés de gré à gré, certaines dispositions relatives aux règles de participation et critères de sélection qualitative, certaines dispositions relatives aux normes techniques et certaines dispositions sur des critères d'attribution, le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30 et 59 du traité et des directives 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5) et 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1).

- 2 En Espagne, les directives 71/305 et 77/62 ont été transposées en droit interne par le décret royal législatif 931/1986, du 2 mai 1986, modifiant la loi sur les marchés de l'État (Ley de Contratos del Estado, ci-après « LCE », BOE n° 114 du 13 mai 1986, p. 16920) et par le décret royal 2528/1986, du 28 novembre 1986, modifiant le règlement général sur les marchés de l'État (Reglamento General de Contratación del Estado, ci-après « RGCE », BOE n° 297 du 12 décembre 1986, p. 40546).

- 3 Estimant que plusieurs dispositions de la LCE et du RGCE, ainsi que d'autres dispositions susceptibles d'affecter le régime des marchés publics en Espagne, contenues dans le texte remanié du régime local (décret royal législatif 781/1986, du 18 avril 1986, BOE n° 96 et 97 des 22 et 23 avril 1986), la loi du 24 novembre 1939 relative à l'organisation et à la protection de l'industrie nationale (Jefatura del Estado, BOE du 15 décembre 1939, ci-après « loi du 24 novembre 1939 ») et le décret royal 946/1978, du 14 avril 1978, relatif à une procédure d'évaluation et de contrôle des prestations pharmaceutiques (BOE n° 108 du 8 mai 1978, ci-après « décret royal 946/1978 »), étaient contraires respectivement aux articles 30 ou 59 du traité et/ou aux directives 71/305 ou 77/62, la Commission a engagé à l'encontre du royaume d'Espagne la procédure prévue à l'article 169 du traité puis saisi la Cour du présent recours.

- 4 Au cours de la procédure devant la Cour, la Commission s'est désistée de son recours en tant que dirigé contre la loi du 24 novembre 1939 et l'article 11 du décret royal 946/1978, au motif que ces textes venaient d'être abrogés.

- 5 Les dispositions de la réglementation nationale sur lesquelles la Cour est dès lors appelée à se prononcer sont:
 - l'article 2, point 3, de la LCE et l'article 2, point 3, du RGCE qui excluent du champ d'application de la réglementation nationale sur les marchés publics de fournitures, et par conséquent de celui de la directive 77/62, certaines opérations que l'administration réalise avec des particuliers,

- l'article 2, point 8, de la LCE et l'article 2, point 8, du RGCE qui excluent du champ d'application de la réglementation nationale sur les marchés publics de travaux et de fournitures, et par conséquent de celui des deux directives, « les marchés pour lesquels une loi établit une exception expresse »,

- l'article 29 bis, paragraphe 1, points 1 et 3, de la LCE et l'article 93 ter du RGCE qui dispensent certains marchés de l'obligation de publication au Journal officiel des Communautés européennes, prévue par la directive 71/305,

- différentes dispositions de la réglementation nationale relatives aux marchés de gré à gré qui contreviendraient à celles des deux directives, à savoir l'article 37, paragraphe 1, points 1, 2, 7 et 8, et l'article 87, paragraphe 4, points 1, 2 et 5, de la LCE, les articles 117 et 247 du RGCE ainsi que l'article 120 du texte remanié du régime local,

- certaines dispositions de la réglementation nationale qui fixent, en violation des termes des deux directives et des articles 30 ou 59 du traité, les critères de sélection qualitative et les règles de participation des entreprises aux marchés publics, à savoir les articles 24, paragraphe 1, point 1, 25, paragraphe 1, points 1 et 3, 284, paragraphe 5, 287, paragraphe 2, 312, paragraphe 2, 320, paragraphe 3, point 5, et 341 du RGCE,

- et enfin l'article 244 du RGCE qui établit certaines règles dans le domaine technique qui seraient contraires à l'article 7 de la directive 77/62.

6 Pour un plus ample exposé des faits du litige, du déroulement de la procédure ainsi que des moyens et arguments des parties, il est renvoyé au rapport d'audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-après que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.

Sur l'article 2, point 3, de la LCE et l'article 2, point 3, du RGCE

- 7 La Commission estime qu'en excluant de la réglementation nationale sur les marchés publics « les opérations que l'administration réalise avec des particuliers en ce qui concerne des biens ou des droits dont le commerce est réglementé ('mediatizado') par des dispositions légales, ou des produits contrôlés ('intervenidos'), soumis à un monopole ('estancados') ou interdits ('prohibidos') », l'article 2, point 3, de la LCE et l'article 2, point 3, du RGCE contreviennent à la directive 77/62 à un double titre. D'une part, ces dispositions sont si générales et leur libellé si peu clair qu'elles créent une insécurité juridique et ne répondent pas à l'exigence d'une transposition correcte de la directive. D'autre part, ces dispositions excluent du champ d'application de la directive des marchés publics de fournitures que celle-ci n'autorise pas d'exclure.
- 8 Pour justifier la compatibilité des dispositions incriminées avec la directive 77/62, le gouvernement espagnol fait valoir, en premier lieu, que l'article 2, point 3, de la LCE et la disposition correspondante du RGCE constituent des normes de renvoi qui ne pourraient être appliquées et produire des effets juridiques que par rapport aux dispositions législatives auxquelles elles font référence. Contrairement à ce que soutient la Commission, ces dispositions permettent d'accroître la sécurité juridique dans la mesure où elles énumèrent limitativement les marchés exclus du champ d'application et exigent que toute exclusion fasse l'objet d'une loi.
- 9 Cette argumentation doit être rejetée.
- 10 Il résulte, en effet, du neuvième considérant de la directive 77/62, qu'

« il importe de prévoir des cas exceptionnels dans lesquels les mesures de coordination des procédures peuvent ne pas être appliquées mais (...) aussi de limiter ces cas expressément. »

Il convient dès lors d'admettre que les seules exceptions permises à l'application de la directive 77/62 sont celles qui y sont limitativement et expressément mentionnées.

- 11 Or, il y a lieu de constater à cet égard que l'article 2, paragraphe 2, et l'article 3 de la directive 77/62, qui énumèrent les marchés publics de fournitures auxquels celle-ci n'est pas applicable, ne comprennent pas ceux relatifs aux produits visés respectivement à l'article 2, point 3, de la LCE et à l'article 2, point 3, du RGCE. D'ailleurs, comme la Commission l'a souligné à juste titre, aucune des exceptions autorisées par la directive n'est définie par rapport au type ou au régime juridique du produit considéré, à la différence des dispositions incriminées de la réglementation espagnole.
- 12 Dans ces conditions, ces dispositions ne sauraient être considérées comme assurant une transposition correcte de la directive 77/62 en droit national. Cette constatation est confirmée par le fait que, sans citer des lois précises, le gouvernement espagnol a indiqué qu'échappent à l'application de la réglementation relative aux marchés publics, en vertu des dispositions litigieuses, les marchés relatifs à des produits tels que les médicaments, les timbres poste, le papier timbré, le tabac, l'énergie électrique et le gaz.
- 13 Le gouvernement espagnol fait valoir, en deuxième lieu, que les dispositions incriminées sont justifiées au regard d'autres dispositions de droit communautaire, et en particulier des articles 36, 90, paragraphe 2, et 223 du traité.
- 14 Cet argument ne saurait pas davantage être accueilli.
- 15 Il est vrai que les réglementations nationales applicables au commerce de certains produits, qui sont compatibles avec le droit communautaire en vertu des dispositions, précitées, du traité, doivent également être respectées lors de la passation de marchés publics de fournitures. Toutefois, ce fait n'est pas de nature à justifier que l'application des règles relatives à la passation de ces marchés puisse, a priori et d'une manière générale, être écartée pour ces produits.

- 16 Le gouvernement espagnol fait valoir, en troisième lieu, que l'exclusion de certains marchés prévue à l'article 2, point 3, de la LCE et à la disposition correspondante du RGCE peut être justifiée en vertu de l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive 77/62, selon lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures sans appliquer les procédures ouvertes ou restreintes, prévues à l'article 4, paragraphes 1 et 2,

« pour les fournitures dont la fabrication ou la livraison, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un fournisseur déterminé. »

- 17 A cet égard, il suffit de constater que les marchés qui relèvent de cette disposition, même s'ils ne doivent pas être passés selon les procédures ouvertes ou restreintes, ne sont pas exclus du champ d'application de la directive mais restent soumis, conformément à l'article 4, paragraphe 3, de celle-ci, aux dispositions de son article 7, relatif aux règles communes dans le domaine technique.
- 18 Il résulte des considérations qui précèdent que le grief de la Commission relatif à l'article 2, point 3, de la LCE et à l'article 2, point 3, du RGCE doit être considéré comme fondé.

Sur l'article 2, point 8, de la LCE et l'article 2, point 8, du RGCE

- 19 La Commission considère que l'article 2, point 8, de la LCE et l'article 2, point 8, de la RGCE, qui excluent du champ d'application de la réglementation nationale sur les marchés publics « les marchés pour lesquels une loi établit une exception expresse », constituent une autre exclusion de caractère général contraire aussi bien à la directive 71/305 qu'à la directive 77/62.
- 20 Le gouvernement espagnol fait valoir, en revanche, que les dispositions incriminées constituent de simples normes de renvoi qui, en elles-mêmes, ne sont pas contraires au droit communautaire.

- 21 Cet argument ne saurait être accueilli.
- 22 En effet, d'une part, comme la Cour l'a constaté au point 10 du présent arrêt, les seules exceptions permises à l'application de la directive 77/62 sont celles qui y sont limitativement et expressément mentionnées. Cette constatation vaut également pour la directive 71/305, dont le septième considérant est identique au neuvième considérant, précité, de la directive 77/62.
- 23 D'autre part, il résulte d'une jurisprudence constante (voir, notamment, arrêt du 28 février 1991, Commission/Allemagne, C-131/88, Rec. p. I-825, point 6) que, si la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique et peut, en fonction de son contenu, se satisfaire d'un contexte juridique général, ce dernier doit toutefois assurer effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, afin que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales. Or, ces exigences de clarté et de précision s'imposent avec d'autant plus de rigueur lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de la transposition en droit national d'exceptions ou de dérogations au régime prévu par une directive.
- 24 En outre, comme la Commission l'a relevé sans être contredite par le gouvernement espagnol, toutes les exceptions limitativement et expressément énumérées par les directives 71/305 et 77/62 ont été reprises dans des dispositions expresses et spécifiques de la LCE ou du RGCE. Par conséquent, le fait de prévoir que d'autres exceptions pourraient être introduites par d'autres lois est de nature à créer une situation juridique ambiguë ne permettant pas aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière non équivoque.
- 25 Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que l'exception générale formulée à l'article 2, point 8, de la LCE et à l'article 2, point 8, du RGCE par renvoi à d'autres lois non spécifiées ne constitue pas une transposition en droit national qui

correspondre pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues par les directives (voir, notamment, arrêt du 6 mai 1980, Commission/Belgique, 102/79, Rec. p. 1473, point 11).

- 26 Il en résulte que le grief de la Commission relatif à ces dispositions est également fondé.

Sur l'article 29 bis, paragraphe 1, points 1 et 3, de la LCE et l'article 93 ter du RGCE

- 27 La Commission fait valoir que la directive 71/305 ne contient aucune exception du type de celles prévues à l'article 29 bis, paragraphe 1, points 1 et 3, de la LCE et à l'article 93 ter du RGCE, qui dispensent de l'obligation de publication au Journal officiel des Communautés européennes, énoncée à l'article 12 de la directive 71/305, les marchés « concernant des installations industrielles de nature mécanique, électrique et énergétique, sauf la partie de ces installations relevant de la technique de construction immobilière » et ceux « concernant des travaux d'excavation, de fonçage de puits, de dragage et d'évacuation des déblais, effectués en vue de l'extraction de matières minérales (industries extractives) ». Compte tenu du caractère limitatif des exceptions prévues, ces dispositions de la réglementation nationale seraient dès lors contraires à la directive 71/305.

- 28 Le gouvernement espagnol conteste que les marchés en question relèvent du champ d'application de la directive 71/305. A cet égard, il fait notamment valoir que ces marchés ne constituent pas des « marchés publics de travaux », tels qu'ils sont définis à l'article 1^{er}, sous a), de celle-ci.

- 29 Ce point de vue doit être accueilli.

- 30 Il résulte en effet de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 71/305 que les « marchés publics de travaux », au sens de cette directive, sont ceux « qui ont pour objet une des activités visées à l'article 2 de la directive (71/304/CEE) du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales » (JO L 185, p. 1). Or, aux termes du paragraphe 2 de l'article 2 de cette dernière directive, celle-ci ne s'applique précisément pas aux travaux mentionnés par les dispositions incriminées de la législation espagnole.
- 31 La Commission fait toutefois valoir que le renvoi à l'article 2 de la directive 71/304, précitée, mentionné à l'article 1^{er}, sous a), de la directive 71/305, doit être considéré comme visant exclusivement le paragraphe 1 de cette disposition. Elle estime en effet que la directive 71/304, qui réaffirme le principe fondamental de la suppression des restrictions à la libre prestation des services, énoncé à l'article 59 du traité, ne saurait en aucun cas limiter le champ d'application de la directive 71/305, alors surtout que depuis l'expiration de la période de transition, l'article 2, paragraphe 2, de la directive 71/304 serait dépourvu d'effet utile en raison du caractère directement applicable de l'article 59 du traité, reconnu par la Cour.
- 32 Cette argumentation ne peut pas davantage être accueillie.
- 33 En effet, comme le relève l'avocat général au point 27 de ses conclusions, si l'interdiction des restrictions à la libre prestation des services, édictée par le traité, s'applique en principe à tous les domaines du droit communautaire, il appartient toutefois au Conseil de compléter cette interdiction qui résulte directement du traité par des règles de coordination ou d'harmonisation des réglementations nationales qui n'enfreignent pas l'interdiction et, partant, de déterminer le champ d'application de ces règles.
- 34 Il résulte des considérations que précèdent que le grief de la Commission relatif à l'article 29 bis, paragraphe 1, points 1 et 3, de la LCE et de l'article 93 ter du RGCE doit être rejeté.

Sur l'article 37, paragraphe 1, points 1, 2, 7 et 8, et l'article 87, paragraphe 4, points 1, 2 et 5, de la LCE, les articles 117 et 247 du RGCE et l'article 120 du texte remanié du régime local

- 35 La Commission estime que différentes dispositions de la réglementation espagnole qui autorisent la passation de marchés de gré à gré, à savoir, pour les marchés publics de travaux, les articles 37, paragraphe 1, points 1, 2, 7 et 8 de la LCE et 117, paragraphe 1, point 1, 2, 7 et 8, du RGCE, et, pour les marchés publics de fournitures, les articles 87, paragraphe 4, points 1, 2 et 5 de la LCE et 247, paragraphe 4, points 1, 2 et 5 du RGCE, ainsi que l'article 120, paragraphe 1, points 1, 2 et 6, du texte remanié sur le régime local, contreviennent respectivement à l'article 9 de la directive 71/305 et à l'article 6 de la directive 77/62, au motif que les cas qu'elles visent ne correspondent pas ou pas exactement à ceux énumérés par les dispositions, précitées, des deux directives.
- 36 Il y a lieu de souligner, à titre liminaire, que les dispositions de l'article 9 de la directive 71/305 et de l'article 6 de la directive 77/62, qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics de travaux et de fournitures, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, en ce qui concerne l'article 9 de la directive 71/305, arrêt du 10 mars 1987, Commission/Italie, 199/85, Rec. p. 1039, point 14). Pour les mêmes raisons, ces dispositions qui définissent les cas dans lesquels des marchés de gré à gré peuvent être conclus doivent être considérées comme exhaustives.
- 37 Or, il résulte d'une lecture comparée des dispositions de la réglementation espagnole en cause et des dispositions pertinentes des directives communautaires, à laquelle l'avocat général a procédé aux points 37 à 59 de ses conclusions, que la réglementation espagnole permet la passation de marchés de gré à gré dans des cas qui ne sont pas prévus par les directives ou subordonne le recours à la procédure du marché de gré à gré à des conditions moins strictes que celles découlant des dispositions correspondantes des directives.
- 38 Il y a dès lors lieu d'admettre que le grief de la Commission relatif aux dispositions incriminées de la réglementation espagnole qui permettent la passation de marchés de gré à gré est fondé.

Sur les articles 24, paragraphe 1, point 1, et 25, paragraphe 1, points 1 et 3, du RGCE

- 39 La Commission fait valoir que les exigences de preuve prévues à l'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3, du RGCE en vue d'établir, tel que le requiert l'article 24, paragraphe 1, point 1, du RGCE, la personnalité juridique et la capacité des soumissionnaires de passer des marchés et de contracter des obligations, ne sont pas prévues par les dispositions des directives 71/305 et 77/62 et ne sauraient dès lors justifier l'exclusion de soumissionnaires qui ne les remplissent pas. Elle estime, en outre, que dans la mesure où ces dispositions s'appliquent aux marchés de travaux, elles sont également contraires à l'article 59 du traité, dans la mesure où elles s'appliquent uniquement aux entreprises étrangères ou imposent à celles-ci des charges supplémentaires à celles qu'elles supportent déjà dans leur pays d'origine, charges qui ne sont justifiées par aucun objectif d'intérêt général.
- 40 La Cour considère que ce grief porte, en réalité, sur les seules dispositions de l'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3, du RGCE, en tant que celles-ci prescrivent certaines modalités de preuve de la capacité juridique des soumissionnaires. La Commission a d'ailleurs expressément reconnu, à l'audience, qu'elle ne conteste pas que le fait d'exiger des soumissionnaires la capacité juridique soit, en lui-même, compatible avec le droit communautaire.
- 41 Eu égard au grief ainsi précisé, il y lieu de rappeler que dans l'arrêt du 10 février 1982, *Transporoute* (76/81, Rec. p. 417, point 9), la Cour a déjà constaté que la directive 71/305 n'autorise les États membres à demander des références autres que celles expressément énoncées dans la directive que dans le cadre de l'appréciation de la capacité financière et économique des entreprises dont il est question à l'article 25 de la directive. Cette constatation vaut par analogie pour la directive 77/62, dont les règles pertinentes correspondent pour l'essentiel à celles de la directive 71/305.
- 42 Or, il convient de relever que les preuves documentaires prévues à cet égard par l'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3, du RGCE, d'une part, ne visent pas à établir la capacité financière et économique des entreprises et, d'autre part, ne figurent pas parmi celles dont la production peut être exigée en vertu des autres dispositions pertinentes des deux directives.

- 43 Dès lors, il convient de constater que le grief tiré de la violation des directives 71/305 et 77/62 est fondé et que, par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner si les dispositions incriminées contreviennent également à l'article 59 du traité.

Sur l'article 284, paragraphe 5, du RGCE

- 44 La Commission estime qu'en exigeant des entrepreneurs des autres États membres, qui souhaitent prouver leurs qualifications par des moyens autres que le classement en Espagne sur la liste officielle d'entrepreneurs agréés prévue à l'article 28, paragraphe 1, de la directive 71/305, qu'ils produisent un certificat délivré par le comité consultatif des marchés publics attestant qu'ils ne sont pas classés ou que leur classement n'a pas été suspendu ou annulé, l'article 284, paragraphe 5, du RGCE soumet le choix de l'entrepreneur de recourir à ces moyens à une condition non prévue par la directive 71/305 et qui est dès lors contraire à celle-ci. Cette condition serait, par ailleurs, également contraire à l'article 59 du traité, dans la mesure où elle imposerait une charge administrative aux entrepreneurs concernés qui priverait de tout effet utile le droit de ceux-ci de prouver leur capacité par des moyens autres que leur classement.
- 45 A cet égard, il convient de souligner d'abord que rien dans l'article 28 de la directive 71/305 n'autorise à conclure que l'inscription sur la liste officielle d'entrepreneurs agréés dans l'État adjudicateur puisse être exigée des entrepreneurs établis dans d'autres États membres. Au contraire, le paragraphe 3 de cette disposition accorde aux entreprises inscrites sur une liste officielle dans quelque État membre que ce soit le droit d'utiliser, dans les limites qu'il fixe, à l'égard du pouvoir adjudicateur d'un autre État membre, cette inscription comme moyen de preuve alternatif de ce qu'elles remplissent les critères de sélection qualitative énumérés aux articles 23 à 26 de la directive (voir arrêt *Transporoute*, précité, points 12 et 13, et arrêt du 9 juillet 1987, CEI, 27 à 29/86, Rec. p. 3347, point 24). Les entreprises ont dès lors le choix de prouver leurs capacités soit par une telle inscription, soit par les moyens et documents mentionnés aux articles 23 à 26.
- 46 Il y a lieu de constater ensuite que la directive 71/305 ne subordonne l'exercice de ce choix à aucune condition du type de celle prévue à l'article 284, paragraphe 5, du RGCE, et ne mentionne pas le certificat, visé par cette disposition, au nombre des documents que les entreprises qui entendent prouver leurs capacités par un

moyen autre que celui de l'inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés peuvent être invitées à produire.

- 47 Il en résulte que le grief de la Commission tiré de la violation de la directive 71/305 doit être considéré comme fondé et que, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner si la disposition en cause contrevient également à l'article 59 du traité.

Sur l'article 287, paragraphe 2, du RGCE

- 48 Selon la Commission, l'article 287, paragraphe 2, du RGCE est contraire à la directive 71/305 et à l'article 59 du traité dans la mesure où il prévoit qu'aux fins du classement des entrepreneurs en Espagne, « seront évalués de préférence les moyens personnels, matériels et financiers dont les entreprises disposent de façon permanente sur le territoire espagnol ».
- 49 A cet égard, il y a lieu de souligner, d'une part, que l'article 28, paragraphe 4, de la directive 71/305 dispose que « pour l'inscription des entrepreneurs des autres États membres sur une telle liste (officielle d'entrepreneurs agréés), il ne peut être exigé d'autres preuves et déclarations que celles demandées aux entrepreneurs nationaux et, en tout cas, pas d'autres que celles prévues aux articles 23 à 26 ».
- 50 Il convient de constater, d'autre part, que ces dispositions ne prévoient pas la production de preuves ou de déclarations relatives aux éléments mentionnés à l'article 287, paragraphe 2, du RGCE. S'agissant de l'article 26, sous c) et d), de la directive 71/305, invoqué par le gouvernement espagnol, il convient de relever que si cette disposition permet d'exiger des déclarations relatives à l'outillage, au matériel et à l'équipement technique dont l'entrepreneur dispose pour l'exécution de l'ouvrage ainsi qu'aux effectifs moyens annuels de l'entreprise et à l'importance de ses cadres pendant les trois dernières années, elle n'opère aucune distinction selon que ces éléments se trouvent ou non sur le territoire de l'État adjudicateur.

- 51 Dès lors, et sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'article 287, paragraphe 2, du RGCE contrevient à l'article 59 du traité, il convient de considérer le grief tiré de la violation de la directive 71/305 comme fondé.

Sur l'article 312, paragraphe 2, et l'article 320, paragraphe 3, point 5, du RGCE

- 52 En ce qui concerne l'article 312, paragraphe 2, du RGCE, il suffit de constater que le gouvernement espagnol ne conteste pas que cette disposition, qui détermine la force probante en Espagne des certificats de classement délivrés par un autre État membre, ne tient pas compte des termes de l'article 26, sous b) et d), de la directive 71/305 et qu'elle est dès lors contraire à l'article 28, paragraphe 3, premier alinéa, de celle-ci.

- 53 Il en va de même en ce qui concerne l'article 320, paragraphe 3, point 5, du RGCE, qui prévoit que la capacité technique des fournisseurs peut être justifiée par des certificats de qualité des marchandises établis par des instituts ou services officiels espagnols. Le gouvernement espagnol admet, en effet, que cette disposition est contraire à l'article 23, paragraphe 1, sous e), de la directive 77/62, qui permet d'exiger que de tels certificats soient produits par l'intéressé, mais non pas qu'ils soient établis par un organisme de l'État adjudicateur.

- 54 Dans ces conditions, le grief relatif aux articles 312, paragraphe 2, et 320, paragraphe 3, point 5, du RGCE doit être considéré comme fondé et, par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner si l'article 320, paragraphe 3, point 5, contrevient également à l'article 30 du traité, comme la Commission l'a fait valoir.

Sur l'article 341 du RGCE

- 55 La Commission estime que l'article 341 du RGCE, qui autorise le gouvernement de dispenser les entrepreneurs, ayant fait l'objet d'un classement en Espagne, de constituer une garantie provisoire en cas de soumissions relatives à des marchés de travaux, est incompatible avec les dispositions de la directive 71/305 et de l'article

59 du traité, dans la mesure où une telle dispense constituerait une incitation financière à être classé et aurait pour effet de limiter, en pratique, le droit des entreprises de soumissionner sans être classées.

56 A cet égard, il y a lieu de rappeler que, comme la Cour l'a relevé au point 45 du présent arrêt, la directive 71/305 accorde aux entrepreneurs le droit de justifier de leurs capacités par les moyens de preuve mentionnés aux articles 23 à 26 de la directive ou par leur inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés, qui ne doit pas nécessairement être celle de l'État adjudicateur. Or, force est de constater que l'exercice de ce droit se trouve entravé par une disposition, telle que l'article 341 du RGCE, qui permet de dispenser de la constitution d'une garantie provisoire les seuls entrepreneurs inscrits sur une telle liste.

57 Le gouvernement espagnol fait cependant valoir que la constitution d'une caution provisoire remplit une fonction comparable à celle de l'exigence de classement elle-même, qui vise à garantir la bonne fin des marchés conclus, de sorte que le bénéfice de la dispense ne saurait être étendu aux entrepreneurs ayant justifié de leurs capacités par un moyen autre que le classement.

58 Cet argument ne saurait être accueilli.

59 En effet, comme la Commission l'a relevé à juste titre, l'article 23, premier alinéa, sous d) et g), de la directive 71/305, qui permet d'exclure d'un marché tout entrepreneur qui a, en matière professionnelle, commis une faute grave ou qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations quant aux critères de sélection qualitative exigés, fournit aux pouvoirs adjudicateurs des moyens suffisants pour assurer, avec la même efficacité que le classement lui-même ou la menace de sa suspension, la bonne fin des marchés conclus. Il n'est dès lors pas nécessaire de réserver le bénéfice de la dispense en cause à ceux des entrepreneurs justifiant de leurs capacités par leur classement en Espagne.

- 60 Il résulte de ce qui précède que le grief de la Commission relatif à l'article 341 du RGCE est fondé et que, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner si cette disposition contrevient également à l'article 59 du traité.

Sur l'article 244 du RGCE

- 61 A cet égard, il convient de constater d'abord que le gouvernement espagnol a reconnu que cette disposition n'avait pas correctement transposé en droit national l'ordre de préférence des normes, par rapport auxquelles les spécifications techniques en matière de marchés publics de fournitures doivent être définies, fixé à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 77/62. Le fait, invoqué par le gouvernement espagnol, que cette dernière disposition a été substantiellement modifiée par la directive 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE (JO L 127, p. 1), et que celle-ci a accordé au royaume d'Espagne un délai supplémentaire pour sa mise en œuvre n'est pas de nature à justifier le manquement ainsi reconnu. En tout état de cause, le délai prévu pour la transposition en droit espagnol de la directive 88/295, précitée, est écoulé depuis le 1^{er} mars 1992.
- 62 Il convient de relever ensuite que l'article 244, paragraphe 2, du RGCE, ne prescrit la mention « ou équivalent » que dans les cas d'indications de marques, licences ou types, tandis que l'article 7, paragraphe 2, de la directive 77/62 prescrit cette mention également dans les cas où les spécifications techniques indiquent des produits d'une origine ou d'une production déterminée.
- 63 Dans ces conditions, le grief de la Commission relatif à l'article 244 du RGCE doit être considéré comme fondé.
- 64 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le manquement du royaume d'Espagne aux directives 71/305 et 77/62 doit être constaté dans les

termes résultant des conclusions de la Commission, sauf en ce qui concerne la loi du 24 novembre 1939, l'article 11 du décret royal 946/1978, l'article 29bis, paragraphe 1, points 1 et 3, de la LCE et les articles 24, paragraphe 1, point 1, et 93ter du RGCE.

Sur les dépens

- 65 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. Le royaume d'Espagne ayant succombé en l'essentiel de ses moyens, il y a lieu de le condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

- 1) Le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures,
 - en maintenant en vigueur certaines dispositions qui constituent une exclusion du champ d'application de la réglementation nationale sur les marchés publics, à savoir l'article 2, points 3 et 8, de la loi sur les marchés de l'État, ainsi que l'article 2, points 3 et 8, du règlement général sur les marchés de l'État;
 - en maintenant en vigueur certaines dispositions qui permettent la passation de marchés de gré à gré, à savoir les articles 37, paragraphe 1, points 1, 2, 7 et 8, et 87, paragraphe 4, points 1, 2 et 5, de la loi sur les marchés de l'État, ainsi que les articles 117 et 247 du règlement général sur les marchés de l'État et l'article 120 du texte remanié du régime local;

- en maintenant en vigueur certaines dispositions relatives aux règles de participation et critères de sélection qualitative, à savoir les articles 25, paragraphe 1, points 1 et 3, 284, paragraphe 5, 287, paragraphe 2, 312, paragraphe 2, 320, paragraphe 3, point 5, et 341 du règlement général sur les marchés de l'État;
- en maintenant en vigueur certaines dispositions relatives aux normes techniques, à savoir l'article 244 du règlement général sur les marchés de l'État.

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) Le royaume d'Espagne est condamné aux dépens.

Mancini

Moitinho de Almeida

Díez de Velasco

Kakouris

Schockweiler

Zuleeg

Kapteyn

Murray

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 17 novembre 1993.

Le greffier

J.-G. Giraud

Le président f. f.

G. F. Mancini

président des deuxième et sixième chambres