4. Dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à l'encontre de l'État, soit lorsque celui-ci s'abstient de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en fait une transposition incorrecte.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire 31/87 *

I — Cadre juridique

1. *Droit communautaire*

La directive 71/305, du 26 juillet 1971, précitée, vise à assurer la liberté d'établissement et la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public, par une coordination des procédures nationales de passation de ces marchés, parallèlement à l'élimination de restrictions.

Les questions soulevées dans la présente affaire concernent l'interprétation, d'une part, des dispositions de la directive fixant le domaine d'application ratione personae, et, d'autre part, des dispositions concernant les critères de sélection qualitative des entreprises ainsi que les critères d'attribution du marché contenus dans le titre IV qui établit les règles communes de participation.

En ce qui concerne le domaine d'application de la directive, son article 1er établit que sont considérés comme pouvoirs adjudicataires aux fins de la directive l'État, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public énumérées en annexe I.

Quant aux conditions d'accès des entreprises au marché et aux conditions d'attribution de ces marchés, les dispositions de la directive qui sont en cause dans cette affaire sont les suivantes:

— l'article 26, qui dispose que la justification des capacités techniques de l'entrepreneur peut être fournie:

« b) par la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée des certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants... »;

* Langue de procédure: le néerlandais.

— l'article 29, qui établit:

« 1. Les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés sont:

— soit uniquement le prix le plus bas;

— soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché: par exemple, le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

2. Dans ce dernier cas, les pouvoirs adjudicateurs mentionnent, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont ils prévoient l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée...

3. ...

4. Les dispositions du paragraphe 1 ne sont pas applicables lorsqu'un État membre se fonde sur d'autres critères pour l'attribution des marchés, dans le cadre d'une réglementation visant à faire bénéficier certains soumissionnaires d'une préférence à titre d'aide, à condition que la réglementation invoquée soit compatible avec le traité et en particulier avec les articles 92 et suivants. »

2. *Droit national*

La réglementation nationale pertinente est constituée, pour l'essentiel, par:

— l'article 51 de la Ruilverkavelingswet 1954 (loi néerlandaise sur le remembrement), qui règle la nature et les fonctions des commissions locales de remembrement;

— l'arrêté du 6 avril 1973, édicté pour mettre en œuvre la directive 71/305, et dont l'article 6 renvoie au règlement uniforme relatif aux adjudications pour les marchés soumis à concurrence publique;

— l'article 21 du règlement uniforme en matière d'adjudication qui, en ce qui concerne le choix de l'entrepreneur, dispose:

« 1. Le donneur d'ouvrage n'est pas tenu d'attribuer les travaux.

2. N'entrent en ligne de compte pour le marché de travaux que les soumissionnaires dont l'aptitude à exécuter les travaux ne fait aucun doute, de l'avis du donneur d'ouvrage, tant sur le plan technique que sur le plan économique et financier ou sur celui de l'organisation.

3. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2, les travaux sont attribués au soumissionnaire dont l'offre semble la plus acceptable au donneur d'ouvrage.

4. ... »

II — Le litige au principal

Le 21 juin 1984, la commission locale de remembrement du Waterland a procédé à

une adjudication publique dans le cadre d'une opération de remembrement. Le cahier des charges de l'adjudication en question mentionnait que la procédure d'adjudication devait être conforme aux dispositions du règlement uniforme en matière d'adjudication (Uniform Aanbestedingsreglement, ci-après « UAR »). Le cahier des charges n'a pas mentionné de critères qualitatifs spécifiques.

Le marché n'a pas été attribué à l'entreprise moins disante, en l'espèce Beentjes, mais à celle qui avait soumissionné pour un montant immédiatement supérieur. La commission locale a motivé son choix en déclarant que Beentjes manquait d'une expérience spécifique pour les travaux en question, que l'offre de Beentjes lui paraissait moins acceptable et que Beentjes n'était pas en mesure d'employer des chômeurs de longue durée alors que ce point faisait l'objet de dispositions particulières du cahier des charges.

L'entreprise Beentjes a alors attaqué l'État néerlandais devant les tribunaux faisant valoir notamment que la commission locale n'avait pas respecté les dispositions de la directive 71/305 du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination de procédure de passation de marchés publics de travaux. Elle a soutenu que la commission locale était juridiquement comparable à un organe du pouvoir central et que, en tout cas, l'État était responsable des actes d'une telle commission. Celle-ci aurait dû donc appliquer les dispositions de la directive 71/305, applicable à l'adjudication en question sur la base de l'arrêté du 6 avril 1973 portant réglementation de la passation des marchés de travaux. Or, aucun des motifs allégués par la commission locale pour ne pas attribuer le marché à Beentjes n'était conforme aux règles relatives aux critères d'attribution de marchés publics établis par la directive, règles dont l'entreprise considérait être en droit de se prévaloir devant la juridiction nationale.

L'État néerlandais s'est opposé à la demande de Beentjes en faisant valoir que la commission locale ne peut pas être considérée comme faisant partie de l'État et que, en tout cas, une adjudication faite selon la procédure prévue dans le règlement uniforme remplit les conditions fixées par la directive 71/305. En particulier, l'article 21, paragraphe 2, de l'UAR, qui dispose que sont seuls pris en considération « les soumissionnaires dont l'aptitude à exécuter les travaux ne fait aucun doute, de l'avis du donneur d'ouvrage, tant sur le plan technique que sur le plan économique et financier ou sur celui de l'organisation », a toujours été considéré compatible avec la directive.

III — Questions préjudicielles

Considérant que la solution du litige est liée à l'interprétation de la directive 71/305, l'Arrondissementsrechtbank de La Haye a sursis à statuer et, en vertu de l'article 177 du traité CEE, a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Un organe présentant les caractéristiques d'une 'commission locale' visée dans la Ruilverkavelingswet 1954 (loi néerlandaise de 1954 sur le remembrement), telle qu'indiquée dans l'attendu 5.3 du présent jugement, doit-il ou non, être considéré comme 'l'État' ou une de ses 'collectivités territoriales' au sens de la directive du 26 juillet 1971 (JO L 185, p. 5)?

2) La directive précitée permet-elle d'exclure un soumissionnaire pour des motifs tels qu'indiqués dans l'attendu 6.2 du présent jugement si l'avis de marché ne formule pas de critères qualitatifs à cet égard (mais se borne à renvoyer aux conditions générales qui comportent une réserve générale comme l'État l'invoque en l'espèce)?

3) Des justiciables tels que Beentjes peuvent-ils invoquer, dans une procédure civile comme celle de l'espèce, les dispositions de la directive précitée qui prévoient dans quels cas et dans quelles conditions un soumissionnaire peut être exclu de l'adjudication pour des motifs qualitatifs, alors même que la législation nationale a accordé, au moment de la transposition de la directive, des pouvoirs plus étendus à l'adjudicateur pour refuser l'attribution du marché que ceux permis en vertu de la directive? »

Afin d'éclairer la Cour, le tribunal de renvoi fait observer que la mise en œuvre du remembrement est confiée à une commission locale désignée par le conseil provincial de la province concernée, qu'une commission locale se compose en principe de cinq membres au maximum, que l'État garantit le respect des obligations découlant des actes juridiques de la commission locale, que cette dernière est tenue d'appliquer une instruction établie par une commission centrale instituée par arrêté royal et dont les membres sont désignés par la Couronne, et que la commission locale est dépourvue de personnalité juridique propre.

IV — La procédure devant la Cour

L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 3 février 1987.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice des CE, des observations écrites ont été déposées par la Commission des Communautés européennes représentée par MM. Richard Wainwright, conseiller juridique, et René Barents, membre de son service juridique, et par le gouvernement italien représenté par M. Pier Giorgio Ferri, avocat de l'État.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé de renvoyer l'affaire devant la quatrième chambre et d'ouvrir la procédure orale sans mesures d'instruction préalables.

V — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

1. *Sur la première question*

Le gouvernement italien s'abstient de prendre position sur la première question, car il considère qu'il s'agit d'un problème d'interprétation strictement limité à l'application de la directive dans l'ordre juridique néerlandais.

La Commission considère que, contrairement à ce qu'aurait soutenu l'État néerlandais dans la procédure au principal en se fondant sur un arrêt rendu en 1984 par le Hoge Raad, il doit être répondu à la première question par l'affirmative.

Pour arriver à cette conclusion, la Commission se fonde en premier lieu sur les dispositions du traité relatives au droit d'établisse-

ment et à la libre prestation des services, dont l'objectif exigerait que la notion d'État englobe également les organismes qui bien que n'appartenant pas à l'administration sont, pour ce qui est de leur composition et de leur fonctionnement, totalement dépendants de l'État tant sur le plan de l'organisation que sur le plan financier.

En second lieu, la Commission s'appuie sur l'arrêt rendu par la Cour le 24 novembre 1982 (Commission/Irlande, 249/81, Rec. p. 4005), dans lequel la Cour a considéré que l'Irlande était responsable des mesures contraires à l'article 30 du traité prises par un organisme de droit privé, mais contrôlé en majeure partie par l'État; ce raisonnement devrait aussi être valable pour les dispositions concernant la liberté d'établissement et la libre prestation des services.

Enfin, la Commission énumère un certain nombre de caractéristiques de la commission locale qui feraient apparaître que son lien avec l'État est beaucoup plus étroit que ce n'était le cas dans l'arrêt susmentionné, à savoir: le statut légal de la commission locale qui la différencie d'un organisme de droit privé, la nomination de ses membres par le conseil provincial de la province, sa dépendance totale en ce qui concerne son fonctionnement de la commission centrale nommée par la Couronne ainsi que le fait que les travaux attribués par la commission locale sont financés par les pouvoirs publics et que le respect de ses obligations est garanti par l'État.

La Commission considère donc qu'un organisme qui réunit les caractéristiques de la commission locale de remembrement relève de la notion d'État au sens de l'article 1er, sous b), de la directive.

2. *Sur la deuxième question*

La Commission et le gouvernement italien soutiennnent qu'il convient de donner une réponse négative à la deuxième question posée par la juridiction de renvoi.

Le gouvernement italien souligne que la vérification de l'aptitude de l'entrepreneur et l'appréciation de l'offre constituent deux opérations différentes, autonomes, et successives. Cela ressortirait, à son avis, de l'article 20 de la directive qui établit que l'attribution du marché se fait « *après* vérification de l'aptitude des entrepreneurs... ». L'aptitude du concurrent doit donc être appréciée par une décision antérieure et préalable à celle qui concerne l'attribution du marché selon les critères admis à l'article 29 de la directive.

Une procédure d'adjudication, comme celle de l'espèce, où le jugement défavorable porté sur l'entrepreneur concurrent a été exprimé après que son offre avait été retenue comme la meilleure, ne serait pas conforme à l'article 20 de la directive, au motif que l'aptitude n'aurait pas été vérifiée préalablement à l'appréciation de l'offre. Elle serait aussi incompatible avec l'article 29 de ladite directive dans la mesure où l'attribution du marché a été faite sur la base de critères de caractère subjectif et non de critères objectifs, seuls permis par cet article de la directive.

La Commission, pour sa part, fait valoir que, quant aux critères de sélection qualitatifs, lorsqu'aucune des références visées aux articles 25 et 26 de la directive n'est exigée dans l'avis d'appel d'offres, un entrepreneur ne peut pas être exclu sur la base des considérations qui ont trait à sa capacité financière, économique ou technique. Quant aux

critères d'attribution des marchés, en vertu de l'article 29 de la directive le marché doit être attribué au concurrent qui a fait l'offre la plus basse, sauf si l'on a indiqué expressément dans l'avis d'appel d'offres que le marché sera attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse et si l'on a fixé dans cet avis les critères de détermination d'une telle offre.

Il découlerait de ce qui précède que, au cas où l'avis d'appel d'offres se limite, pour la fixation des critères de sélection qualitative ou des critères d'attribution du marché, à renvoyer à une disposition générale d'un règlement d'adjudication, le marché doit être attribué au soumissionnaire ayant fait l'offre la plus basse si ni l'avis ni les documents auxquels l'avis fait référence ne contiennent des précisions sur les références exigées pour la sélection qualitative ou sur les critères d'attribution.

3. *Sur la troisième question*

La Commission et le gouvernement italien sont d'accord pour répondre affirmativement à la troisième question.

Le gouvernement italien fait remarquer que, pour décider si des dispositions d'une directive produisent des effets dont un particulier peut directement se prévaloir, il faut, d'après la jurisprudence constante de la Cour, analyser si ces dispositions apparaissent du point de vue de leur contenu comme étant précises et inconditionnelles. De l'avis du Gouvernement italien, les dispositions de la directive 71/305 ont une valeur qui dépasse la simple harmonisation des législations. En effet, en limitant le caractère discrétionnaire des décisions relatives à la participation à une adjudication et en garantisant leur transparence, ces dispositions viseraient à garantir aux opérateurs économiques de la Communauté l'accès aux activités dans des conditions d'égalité qui excluent des discriminations ouvertes ou déguisées.

Le gouvernement italien conclut donc qu'il faut répondre affirmativement à la troisième question dans la mesure où le particulier se prévaut des dispositions précitées de la directive 71/305 pour protéger son droit de participation à l'adjudication qui a été nié en application des règles nationales non conformes aux dispositions de la directive.

La Commission fait valoir qu'il ressort de l'arrêt du 10 février 1982 (Transporoute, 76/81, Rec. p. 417) que des particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national des dispositions de la directive relatives à la sélection qualitative des soumissionnaires et à l'attribution des marchés publics.

G. C. Rodríguez Iglesias
Juge rapporteur