CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CLAUS GULMANN

présentées le 30 juin 1993 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. A partir de 1987, la Commission a procédé, en collaboration avec les autorités espagnoles, à un examen de la législation espagnole en matière de passation de marchés par les pouvoirs publics dans le but de vérifier si elle était conforme au droit communautaire. Cet examen a abouti à la présente procédure, que la Commission a engagée par lettre de mise en demeure du 19 décembre 1990 et dans le cadre de laquelle la Commission conclut à ce qu'il soit constaté qu'une trentaine de dispositions espagnoles sont contraires au droit communautaire et, plus précisément, aux articles 30 et 59 du traité CEE ainsi qu'à la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (ci-après « directive 71/305 »)[1] et à la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (ci-après « directive 77/62 »)[2]. L'affaire concerne les directives dans leur rédaction initiale, c'est-à-dire sans prise en compte des modifications substantielles décidées par le Conseil en 1989 pour ce qui est de la directive 71/305[3] et en 1988 pour ce qui est de la directive 77/62[4], qui ne devaient être transposées en droit espagnol que le 1er mars 1992 au plus tard.

2. Les règles espagnoles litigieuses figurent en premier lieu dans la loi sur les marchés de l'État (Ley de Contratos del Estado, ci-après « LCE ») et dans le règlement général sur les marchés de l'État (Reglamento General de Contratos del Estado, ci-après « RGCE »). La LCE et le RGCE déterminent les règles générales applicables à l'adjudication de marchés publics tant de travaux et de fournitures que de services et visant les pouvoirs publics adjudicateurs tant centraux que décentralisés. Le litige porte également sur d'autres dispositions nationales susceptibles d'avoir une incidence sur les travaux et achats publics[5].

3. Dans ses conclusions, la Commission a réparti en cinq groupes principaux les dispositions espagnoles qu'elle estime contraires au droit communautaire. Ces groupes sont les suivants:

— dispositions constituant une exclusion du champ d'application de la législation sur les marchés publics,

* Langue originale: le danois.

1 — JO 1971, L 185, p. 5.

2 — JO 1977, L 13, p. 1.

3 — Directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989, JO L 210, p. 1. La directive 71/305 a été modifiée en dernier lieu par la directive 93/4/CEE du 8 février 1993, JO L 38, p. 31.

4 — Directive 88/295/CEE du 22 mars 1988, JO L 127, p. 1.

5 — Il s'agit notamment du décret royal législatif n° 781/1986, du 18 avril 1986, sur le régime local, de la loi du 24 novembre 1939, relative à l'organisation et à la protection de l'industrie nationale et du décret royal n° 946/1978 du 14 avril 1978, relatif à une procédure d'évaluation et de contrôle des prestations pharmaceutiques.

— dispositions permettant de passer des marchés de gré à gré,

— dispositions relatives aux règles de participation aux procédures d'appel d'offres et aux critères de sélection qualitative,

— dispositions en matière technique,

— dispositions sur des critères d'attribution des marchés.

4. La présente affaire ne porte pas sur la non-transposition en droit espagnol des deux importantes directives initiales d'harmonisation des législations nationales en matière de marchés publics de travaux et de marchés publics de fournitures. La LCE et le RGCE ont été modifiés en 1986 dans le but d'adapter leurs dispositions aux directives communautaires [6]. En revanche, l'examen minutieux du droit espagnol par la Commission a montré qu'il y a sur certains points, de l'avis de la Commission, des imperfections dans la transposition.

A notre sens, il y a certains griefs au sujet desquels la Commission n'aurait probablement pas introduit de recours en manquement distinct et il y a un certain nombre de griefs pour lesquels le gouvernement espagnol a maintenu ses conclusions visant au rejet du recours, ce qu'il n'aurait probablement pas fait si d'autres points n'étaient pas réellement litigieux entre les parties.

Les développements qui suivent montreront que la présente affaire s'explique par le fait que les parties sont en désaccord sur certains points quant à l'interprétation des dispositions de droit communautaire applicables et, en ce qui concerne d'autres points, quant à la teneur et aux effets du droit espagnol.

Nos conclusions doivent nécessairement traiter de chacun des griefs un par un. En raison de la nature des différents griefs, cette analyse sera très technique et pas toujours d'un accès facile.

5. La Commission ayant fait valoir à plusieurs reprises que la réglementation espagnole en question fait naître une insécurité juridique et, partant, ne satisfait pas aux exigences de la transposition correcte de directives en droit national, telles qu'elles ont été formulées par la Cour, il peut être utile, à titre préliminaire, de rappeler en quoi consistent les exigences générales qui peuvent être dégagées de la jurisprudence de la Cour sur cette question.

La Cour a établi:

— « ... que les États membres ont l'obligation d'assurer pleinement, et de manière précise, l'application des dispositions de toute directive » [7],

— que « ... les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les règles de

6 — Voir, respectivement, le décret royal législatif n° 931/1986 du 2 mai 1986 et le décret royal n° 2528/1986 du 28 novembre 1986.

7 — Voir entre autres l'arrêt de la Cour du 18 mars 1980, Commission/Italie, point 6 (affaire 91/79, Rec. p. 1099).

droit des États membres soient formulées d'une manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect » [8],

— « ... que la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition expresse et explicite et qu'elle peut se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise... » [9]

et

— que les dispositions dérogatoires nationales qui, en se fondant sur des directives, dérogent aux interdictions énoncées dans lesdites directives, doivent respecter scrupuleusement les limites et les conditions fixées en matière de dérogation dans les directives [10].

8 — Voir l'arrêt de la Cour du 26 février 1991, Commission/Espagne, point 10 (affaire C-119/89, Rec. I, p. 641). Voir aussi, entre autres, les arrêts de la Cour du 21 juin 1988, Commission/Italie, point 12 (affaire 257/86, Rec. p. 3249), du 23 mai 1985, Commission/Allemagne, point 23 (affaire 29/84, Rec. p. 1661), du 30 janvier 1985, Commission/Danemark, point 10 (affaire 143/83, Rec. p. 427) et du 6 mai 1980, Commission/Belgique, point 11 (affaire 102/79, Rec. p. 1473).

9 — Voir l'arrêt de la Cour du 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas, point 6 (affaire C-339/87, Rec. I, p. 851). Voir aussi, entre autres, les arrêts de la Cour du 8 juillet 1987, Commission/Belgique, point 9 (affaire 247/85, Rec. p. 3029) et du 2 décembre 1986, Commission/Belgique, point 7 (affaire 239/85, Rec. p. 3645).

10 — Voir notamment les arrêts de la Cour du 8 juillet 1987, Commission/Belgique, points 28 et 34 (affaire 247/85, Rec. p. 3029), du 27 avril 1988, Commission/France, point 11 (affaire 252/85, Rec. p. 2243) et du 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas, points 15 et 28 (affaire C-339/87, Rec. I, p. 851).

Dispositions constituant une exclusion du champ d'application de la législation sur les marchés publics

a. *L'article 2, paragraphe 3, de la LCE et l'article 2, paragraphe 3 du RGCE*

6. Ces dispositions — la disposition du RGCE reprenant simplement la disposition de la LCE — excluent certains marchés de la législation relative aux marchés de l'État et ont le libellé suivant:

« Nonobstant les dispositions de l'article précédent, la présente loi ne s'applique pas aux marchés et actes juridiques de l'administration ci-après:

...

3. 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'). »

7. La Commission a fait valoir

— que cette disposition est si générale et que son libellé est si peu clair que cela crée une insécurité juridique et que ce fait est à lui seul constitutif d'une transposition incomplète de la directive 77/62 et

— que la disposition d'exclusion est par ailleurs contraire à la directive parce que cette dernière s'applique en principe à tous les marchés publics de fournitures à moins que ceux-ci ne soient expressément exclus et parce que la disposition espagnole autorise des exclusions par rapport au champ d'application de la réglementation qui ne sont pas comprises dans la liste des exclusions figurant dans la directive.

8. Le gouvernement espagnol a fait valoir,

— que la disposition litigieuse est une disposition de renvoi qui ne produit des effets juridiques concrets que dès lors qu'il existe d'autres dispositions législatives qui réglementent, au sens de la disposition, le commerce des marchandises ou qui disposent que des produits sont contrôlés, soumis à un monopole ou prohibés,

— que les cas concrets exclus du champ d'application de la réglementation par référence à cette disposition sont justifiés en dernière analyse par d'autres dispositions communautaires, et en particulier par l'article 36, l'article 90, paragraphe 2 et l'article 223 du traité et

— que l'élément essentiel des lois auxquelles renvoie la disposition et qui soumettent la commercialisation de certains produits à des restrictions est d'attribuer des « droits particuliers ou exclusifs de caractère public », si bien que les pouvoirs publics ne peuvent passer de marché de fournitures portant sur les produits en question qu'avec un seul fournisseur. A l'appui de sa thèse selon laquelle la disposition est par conséquent compatible avec la directive 77/62, le gouvernement invoque l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive, aux termes duquel des marchés de gré à gré peuvent être conclus « 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 ».

9. Permettez-nous d'indiquer d'emblée qu'il nous semble clair qu'il convient que la Cour constate que la disposition litigieuse est contraire au droit communautaire.

Il ne fait aucun doute à nos yeux que la disposition est loin de satisfaire aux exigences de clarté et de précision auxquelles doivent répondre, en vertu de la jurisprudence de la Cour, les dispositions nationales qui transposent des directives communautaires.

Nous estimons en premier lieu que le gouvernement espagnol n'est pas parvenu, au cours de la procédure, à apporter les précisions nécessaires sur le champ d'application de la disposition litigieuse et, en second lieu, qu'il n'a pas réussi à démontrer que la disposition — même interprétée restrictivement — était fondée de manière générale en droit communautaire.

10. L'état du droit espagnol est si peu clair et la disposition litigieuse est si difficile à comprendre que nous n'estimons pas que la Cour doive examiner le point de savoir si l'on peut considérer que la disposition litigieuse porte sur des marchés qui peuvent

licitement, en droit communautaire, être exclus du champ d'application de la réglementation.

Le gouvernement espagnol a l'obligation d'avoir une législation qui soit suffisamment claire. Le libellé de la disposition litigieuse ne permet pas à la Cour de se prononcer sur le point de savoir si le champ d'application de celle-ci est conforme au droit communautaire. La présente affaire ne constitue dès lors pas le cadre idoine pour préciser dans quelle mesure la directive 77/62 permet de déroger à ses propres règles.

11. A notre avis, il suffit, en ce qui concerne les arguments du gouvernement espagnol, d'indiquer ce qui suit:

12. C'est à l'évidence à juste titre que le gouvernement affirme que la disposition litigieuse ne sort ses effets que s'il existe des lois qui fixent, selon l'une des modalités prévues par cette disposition, des règles applicables au commerce des produits en question. Comme l'a indiqué la Commission, cela n'implique toutefois pas que la disposition soit dépourvue de portée propre. En effet, s'il existe des lois qui réglementent le commerce des marchandises de l'une des manières indiquées, la disposition litigieuse a pour conséquence juridique directe que les marchés publics portant sur ces produits ne relèvent pas des règles de la LCE et du RGCE. La disposition est donc plus qu'une simple disposition formelle de renvoi étant donné qu'elle fixe elle-même les critères des exclusions auxquelles il peut être procédé par rapport au champ d'application de la réglementation.

13. Comme nous l'avons signalé, la tentative du gouvernement espagnol de préciser le champ d'application de la disposition n'a pas été couronnée de succès. La Commission a indiqué que les marchés portant sur les médicaments, les timbres-poste, le papier timbré, le tabac, l'énergie électrique et le gaz ne relevaient pas, par application de la disposition litigieuse, de la réglementation sur les marchés de l'État. Dans sa duplique, le gouvernement espagnol a tenté dans une certaine mesure d'expliquer de laquelle des formes de réglementation visées par la disposition les produits mentionnés relevaient mais il a par ailleurs cherché à soutenir en particulier que les types de réglementations en question sont en substance telles qu'il n'y a qu'un seul fournisseur possible.

Il est difficile de comprendre comment il est possible d'interpréter la disposition en ce sens qu'elle a un champ d'application aussi restreint que le soutient le gouvernement espagnol et il n'est pas évident que tous les exemples concrets de marchés exclus qui sont cités relèvent de la disposition ainsi interprétée.

14. En revanche, il n'est pas difficile de constater que la disposition litigieuse, dans sa rédaction actuelle, ne peut pas, de manière générale, être conforme à la directive 77/62.

L'article 2, paragraphe 1, de la directive dispose que « pour passer les marchés publics de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs appliquent leurs procédures nationales adaptées à la présente directive ». Il résulte du neuvième considérant de la direc-

tive « qu'il importe de prévoir des cas exceptionnels dans lesquels les mesures de coordination des procédures peuvent ne pas être appliquées mais qu'il importe aussi de limiter ces cas expressément ». Il y a lieu d'interpréter la directive en ce sens qu'elle prévoit de manière exhaustive les exceptions générales à l'obligation des États membres de mettre en adjudication les marchés publics de fournitures conformément aux règles de la directive. Ces exclusions générales du champ d'application de la directive sont prévues à l'article 2, paragraphe 2 et à l'article 3 de la directive [11]. Il est clair que la disposition espagnole litigieuse ne relève pas, d'une manière générale, de ces exceptions et le gouvernement espagnol ne le soutient d'ailleurs pas.

15. L'argument du gouvernement espagnol en ce qui concerne l'article 36, l'article 90, paragraphe 2 et l'article 223 du traité n'est pas convaincant. Comme l'a affirmé la Commission, les réglementations spéciales applicables au commerce des produits, qui sont compatibles avec le droit communautaire par application des dispositions précitées du traité, doivent à l'évidence être respectées lors de la passation de marchés publics de fournitures. Mais cela ne saurait suffire à justifier que les règles relatives à la passation de marchés par les pouvoirs publics soient de manière générale inapplicables. En ce qui concerne plus spécialement les produits dont le commerce est prohibé, il pourrait sembler à première vue que, comme le soutient le gouvernement espagnol, la disposition ne soit pas contraire à la directive. Si le commerce d'un produit est prohibé, il ne sera pas possible de passer de marchés de fournitures portant sur ce produit et il n'est donc pas nécessaire que les règles de la directive s'appliquent. Même si la question est probablement dépourvue d'incidence pratique, on ne saurait toutefois négliger le fait que si les pouvoirs publics devaient, malgré une interdiction existante, passer des marchés de fournitures concernant le produit en question, cela devrait en principe se faire dans le respect des règles de la directive. Une exception générale ayant cette teneur n'est donc pas compatible avec la directive.

16. L'argument du gouvernement espagnol en ce qui concerne l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive n'est pas plus convaincant. En premier lieu, il y a lieu de souscrire au point de vue de la Commission selon lequel il résulte de l'article 4, paragraphe 3 et de l'article 6, paragraphe 1, de la directive que les marchés qui relèvent de la disposition précitée de la directive ne sont pas exclus du champ d'application de la directive mais doivent au contraire être passés sous la forme de marchés de gré à gré, ce qui implique que les dispositions de l'article 7 de la directive, relatif aux règles communes dans le domaine technique, sont applicables. En second lieu, il y a lieu de souscrire au point de vue de la Commission selon lequel la disposition litigieuse n'est pas compatible avec l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive car elle n'énonce pas expressément des conditions similaires aux conditions dont la disposition de la directive exige le respect.

17. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 2, paragraphe 3, de la LCE et l'article 2, paragraphe 3, du RGCE sont incompatibles avec la directive 77/62.

11 — L'article 2, paragraphe 2, de la directive dispose qu'elle ne s'applique pas aux marchés publics de fournitures passés par les services de transport ou par les services qui opèrent dans le domaine de l'eau, de l'énergie et des télécommunications. L'article 3 concerne les marchés passés en vertu d'accords internationaux etc.

b. *L'article 2, paragraphe 8, de la LCE et l'article 2, paragraphe 8, du RGCE*

18. Ces dispositions — la disposition du RGCE reprenant simplement la disposition de la LCE — excluent de la législation sur les marchés de l'État: « les marchés pour lesquels une loi établit une exception expresse ».

19. La Commission a fait valoir qu'il s'agit d'une disposition prévoyant une exclusion de caractère général qui, comme telle, est contraire aux deux directives communautaires applicables. La Commission a soutenu que les autorités espagnoles n'ont pas précisé quels sont les lois ou les types de marchés publics qui sont visés par la disposition. La Commission a relevé en outre que toutes les exceptions qui sont prévues de manière exhaustive dans la directive sont également expressément exclues par d'autres dispositions de la LCE et du RGCE, si bien que la disposition ouvre la voie à d'autres exceptions que celles qui sont permises par les directives. Dans ce contexte, la Commission a fait valoir que la disposition fait naître une insécurité juridique, qui est contraire au droit communautaire. La Commission a souligné à cet égard que « si la Cour a exigé que la délimitation des critères d'exclusion soit claire et compatible avec ceux que prévoit la directive, il est totalement impossible d'admettre une règle d'exclusion qui ne fixe aucun critère ».

20. Nous estimons qu'il y a lieu de se rallier au point de vue du gouvernement espagnol selon lequel une disposition de renvoi de ce type n'est pas contraire au droit communautaire. Les États membres disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire en matière de transposition de directives en droit national et la technique législative employée par les autorités espagnoles ne peut pas être considérée en elle-même comme contraire au droit communautaire. L'objet de la disposition est d'attirer l'attention sur le fait qu'il peut y avoir d'autres exceptions au champ d'application de la loi que celles qui résultent de la loi elle-même et d'exiger que celles-ci soient fixées dans un texte législatif. Cette disposition se distingue de celle dont nous avons traité plus haut en ce qu'elle a un contenu neutre et purement formel et en ce qu'il y a un rapport clair et net entre la disposition de renvoi et les lois auxquelles elle renvoie, ces dernières devant nécessairement comporter une disposition expresse aux termes de laquelle la LCE et le RGCE ne sont pas applicables. Par ailleurs, on ne saurait retenir l'argument de la Commission selon lequel toutes les exceptions qui trouvent leur fondement dans la directive sont visées par d'autres dispositions de la LCE et du RGCE et selon lequel la possibilité de procéder à d'autres exceptions, engendrée par la disposition, crée par conséquent une insécurité juridique. En effet, la disposition de renvoi n'est pas superflue. Cela est dû au fait que, comme la Commission elle-même l'a relevé, la LCE vise également des marchés publics qui ne relèvent pas des directives et pour lesquelles les directives n'excluent donc pas la possibilité d'exceptions supplémentaires.

21. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 2, paragraphe 8, de la LCE et l'article 2, paragraphe 8, du RGCE, sont compatibles avec les deux directives communautaires.

c. *L'article 29bis, paragraphe 1, points 1 et 3, de la LCE et l'article 93ter, points 1 et 3, du RGCE*

22. Ces dispositions — la disposition du RGCE reprenant simplement la disposition de la LCE — dispensent de l'obligation de publication au Journal officiel des Communautés européennes, énoncée à l'article 12 de la directive 71/305, les marchés:

« 1° Concernant des installations industrielles de nature mécanique, électrique et énergétique, sauf la partie de ces installations relevant de la technique de construction immobilière.

...

3° 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) ».

23. La Commission a fait valoir *que* ces marchés entrent dans le champ d'application de la directive 71/305, *que* la directive indique de façon exhaustive ce qui peut être exclu de son champ d'application et *qu'*il est contraire à la directive d'exclure les marchés susmentionnés.

24. Le gouvernement espagnol nie que ces marchés relèvent du champ d'application de la directive. La directive s'applique aux marchés publics de travaux et cette notion est définie à l'article 1er, sous a), de la directive comme les marchés « qui ont pour objet une des activités visées à l'article 2 de la directive 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 » (ci-après « directive 71/304 »). La directive 71/304 a été adoptée en même temps que la directive 71/305 et était l'une des directives de libéralisation arrêtées à l'époque, c'est-à-dire qu'elle imposait aux États membres l'obligation de supprimer les restrictions à la libre prestation de services dans le domaine mentionné.

Le libellé de l'article 2 de la directive était le suivant:

« 1. Les dispositions de la présente directive s'appliquent aux activités non salariées qui figurent à l'annexe I du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, classe 40. Ces activités correspondent à celles qui sont énumérées dans la classe 40 de la 'Nomenclature des industries établies dans les Communautés européennes (NICE)'; elles sont reproduites en annexe à la présente directive.

2. La directive ne s'applique pas:

a) aux installations industrielles de nature mécanique, électrique et énergétique, sauf la partie de ces installations relevant de la technique de construction immobilière;

b) ...

c) aux 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) ».

25. On constate que les dispositions espagnoles litigieuses reproduisent fidèlement les dispositions de l'article 2, paragraphe 2, sous a) et c), de la directive.

La directive 71/305 définissant les marchés auxquels elle s'applique comme les marchés qui ont pour objet les activités visées à l'article 2 de la directive 71/304 et l'article 2 excluant expressément les deux types d'activités qui sont exclus par les dispositions espagnoles litigieuses, il semble à première vue que le point de vue du gouvernement espagnol soit bien fondé.

26. La Commission a toutefois fait valoir à cet égard que le renvoi figurant à l'article 1er, sous a), de la directive 71/305 devait être considéré comme visant exclusivement l'article 2, paragraphe 1, de la directive 71/304, qui définit, selon la Commission, le champ d'application de la directive, mais non pas le paragraphe 2 de cette disposition, qui énumère ce qui est exclu de ce champ d'application. La Commission a avancé un certain nombre d'arguments à l'appui de ce point de vue, et notamment *que* la directive 71/304 se réfère au principe fondamental de la libre prestation de services énoncé à l'article 59 du traité, *que* le fait que l'article 59 du traité est devenu d'applicabilité directe après la période de transition prive l'article 2, paragraphe 2, de la directive 71/304 de tout effet utile, *qu*'il est inconcevable qu'une directive qui réaffirme le principe de la suppression des restrictions à la libre prestation de services limite le champ d'application d'une directive d'harmonisation des législations qui définit de manière exhaustive les marchés publics soumis à son régime et *que* les restrictions à la libre prestation de services que la disposition a pu impliquer doivent en tout état de cause être compatibles avec les articles 59 et suivants du traité.

27. Il nous semble difficile de suivre l'argumentation de la Commission. L'article 1er, sous a), de la directive 71/305 se réfère expressément à l'« une des activités visées à l'article 2 » de la directive 71/304 et il ne peut faire de doute, selon nous, que le but était, en tout cas initialement, que les activités mentionnées à l'article 2, paragraphe 2, échappent également au champ d'application des obligations de coordination des procédures nationales applicables à la passation des marchés publics de travaux, mises à la charge des États membres par la directive 71/305.

Par ailleurs, le cœur de l'argumentation de la Commission semble être que le fait que la Cour ait jugé, après l'adoption des deux directives, que l'*obligation de libéralisation* était, après l'expiration de la période de transition, une conséquence directe de l'article 59 du traité et que la directive 71/304 perdait ainsi sa portée propre implique que l'application des *obligations de coordination* résultant de la directive 71/305 a été étendue aux marchés mentionnés à l'article 2, paragraphe 2, sous a) et c), de la directive 71/304.

La Commission n'a pas avancé d'argument de nature à nous convaincre qu'une telle conclusion s'impose. Au départ, il y avait

des raisons d'exempter les marchés en question tant de l'obligation de libéralisation que des obligations de coordination. Ces raisons n'ont pas été indiquées expressément et il n'est donc pas possible de dire avec quelque certitude dans quelle mesure la mise en œuvre de l'obligation de libéralisation implique que les raisons qui ont conduit le Conseil à décider que les obligations de coordination ne s'appliquaient pas aux marchés en question ont également disparu. A notre avis, il est certain que la conclusion défendue par la Commission n'est ni nécessaire, ni la plus naturelle. L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité et de toutes autres restrictions à la libre prestation de services qui ne seraient pas justifiées et qui seraient disproportionnées, édictée par le traité, s'applique en principe à tous les domaines. En revanche, il appartient au Conseil de décider dans quelle mesure il est nécessaire de compléter l'obligation de libéralisation qui résulte directement du traité par des règles imposant aux États membres de coordonner leurs règles nationales qui n'enfreignent pas l'interdiction prévue par le traité. Partant, il appartient également au Conseil de déterminer le champ d'application de ces règles d'harmonisation.

En 1971, le Conseil a déterminé le champ d'application de la directive 71/305 en renvoyant à l'article 2 de la directive 71/304. Cette délimitation n'a pas été modifiée du fait de l'applicabilité directe, constatée ultérieurement, de la disposition d'interdiction figurant à l'article 59 du traité.

28. On peut constater en revanche qu'en 1989, lorsqu'il a arrêté les modifications mentionnées ci-dessus de la directive 71/305, le Conseil a modifié l'article 1er, sous a), de telle sorte que les marchés publics de travaux sont désormais définis, dans cette même disposition, comme des marchés ayant pour objet des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II à la directive. L'annexe II correspond à la classe 50 de la « Nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes » (NACE), qui correspond pour l'essentiel à la classe 40 de la NICE visée à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 71/304.

29. A notre avis, il serait erroné que la Cour souscrive au point de vue de la Commission selon lequel la réglementation espagnole, qui a pour objet de transposer la directive dans sa rédaction initiale, ne peut pas licitement exclure de son champ d'application les marchés qui sont énumérés à l'article 2, paragraphe 2, sous a) et c), de la directive 71/304.

30. La Commission a indiqué en outre que la réglementation espagnole litigieuse se borne à prévoir une dispense de l'obligation de publier l'appel d'offres au Journal officiel des Communautés européennes et que la directive n'ouvre pas une telle possibilité. Il nous semble difficile de comprendre pourquoi il devrait en soi être contraire à la directive d'appliquer certaines de ses dispositions à des marchés qui ne sont pas visés par la directive. Si les marchés en question ne sont pas visés par la directive, les États membres peuvent en principe réglementer eux-mêmes les procédures d'appel d'offres et on peut difficilement leur reprocher de choisir d'appliquer certaines des dispositions de la directive, même si le droit communautaire ne les y oblige pas.

31. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 29bis, paragraphe 1, points 1 et 3,

de la LCE et l'article 93ter, points 1 et 3, du RGCE, sont compatibles avec la directive 71/305.

Dispositions permettant de passer des marchés de gré à gré

32. La Commission a soutenu qu'un certain nombre des dispositions espagnoles qui autorisent la passation de marchés de gré à gré sont contraires aux deux directives. La Commission indique que les directives contiennent une liste exhaustive des cas dans lesquels il peut être recouru aux marchés de gré à gré et qu'il résulte de l'arrêt rendu par la Cour le 10 mars 1987 dans l'affaire 199/85, Commission/Italie [12], qu'il y a lieu d'interpréter restrictivement les dispositions en question.

Le gouvernement espagnol a fait savoir qu'un certain nombre des dispositions litigieuses concernant les marchés de gré à gré seraient modifiées dans le cadre d'une modification prévue de la LCE. La Commission a fait observer qu'elle estimait que les nouvelles dispositions constitueront une transposition correcte des deux directives, mais a maintenu ses conclusions au motif que les nouvelles dispositions espagnoles n'avaient pas encore été adoptées et n'étaient pas encore entrées en vigueur.

33. Le gouvernement espagnol, qui n'a pas contesté que les règles espagnoles litigieuses dérogent, en tout cas sur certains points, aux règles de la directive, a fait valoir de manière générale que lorsque l'on examine une disposition légale, il faut tout d'abord épuiser toutes les possibilités raisonnables d'interpréter celle-ci conformément à la règle de droit communautaire à laquelle elle est confrontée et ne constater son incompatibilité avec la disposition de droit communautaire que si l'interprétation conforme est impossible ou d'une complexité disproportionnée.

34. Ce point de vue n'est pas défendable. Il est vrai que les autorités et les juridictions nationales ont l'obligation, en droit communautaire, d'interpréter les règles nationales de manière à ce qu'elles respectent dans toute la mesure du possible le droit communautaire [13].

Mais cela ne veut pas dire que, dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour ne peut que constater l'incompatibilité des dispositions nationales avec le droit communautaire s'il s'avère impossible d'interpréter ces dispositions de façon à ce qu'elles soient compatibles avec les règles de droit communautaire. Comme cela ressort de l'examen de la jurisprudence de la Cour auquel nous avons procédé ci-dessus [14], le principe de sécurité juridique exige que les règles de droit des États membres soient formulées d'une manière non équivoque qui permette aux particuliers et aux entreprises de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect. Il en résulte que la Cour doit déclarer incompatibles avec le droit communautaire, eu égard au principe de sécurité juridique, les dispositions nationales qui n'assurent pas effectivement la pleine application des règles de la directive d'une façon suffisamment claire et précise. Ces critères de la transposition

12 — Rec. p. 1039.

13 — Voir l'arrêt de la Cour du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, point 26 (affaire 14/83, Rec. p. 1891) et l'arrêt de la Cour du 13 novembre 1990, Marleasing, point 8 (affaire C-106/89, Rec. I, p. 4135).

14 — Voir point 5.

correcte de directives ne sont pas remplis pour la simple raison qu'il devrait être possible de solliciter les dispositions nationales en question de manière à ce qu'elles puissent être appliquées en conformité avec le droit communautaire.

35. Le gouvernement espagnol a fait valoir en outre qu'il n'est pas possible de tirer de l'arrêt rendu dans l'affaire 199/85, invoqué par la Commission, qui concernait une application concrète des règles relatives aux marchés de gré à gré, des principes d'interprétation utiles pour la présente espèce, qui porte sur la légalité de règles abstraites.

36. Ce point de vue est tout aussi peu défendable. Dans l'arrêt en question, la Cour a déclaré en ce qui concerne l'article 9, sous b) et d), de la directive 71/305 que « ces dispositions, 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, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement » [15]. Il s'ensuit à notre avis d'une part que l'énumération par les directives des cas dans lesquels des marchés de gré à gré peuvent être passés doit être considérée comme exhaustive, d'autre part que, pour ce qui est de la transposition de telles dispositions dérogatoires en droit national, il faut exiger un respect très strict des limites et des conditions fixées dans les dispositions en question des directives.

15 — Voir point 14.

a. *L'article 37, paragraphe 1, point 1 et l'article 87, paragraphe 4, point 1, de la LCE; l'article 117, paragraphe 1, point 1 et l'article 247, paragraphe 4, point 1, du RGCE*

37. L'article 37, paragraphe 1, point 1, de la LCE, qui est repris à l'article 117, paragraphe 1, point 1, du RGCE, dispose qu'en ce qui concerne les marchés publics de travaux, des marchés de gré à gré peuvent être passés pour « les travaux pour lesquels il n'est pas possible de favoriser une mise en concurrence ou pour lesquels, pour des raisons techniques ou exceptionnelles, il ne convient pas de favoriser une mise en concurrence ». En ce qui concerne les marchés de fournitures, une disposition au libellé analogue figure à l'article 87, paragraphe 4, point 1, de la LCE, où il a cependant été ajouté: « ... comme lorsque le marché porte sur des produits protégés par des brevets ou des droits d'auteur ou qui constituent des modèles d'utilité ou des œuvres artistiques ou sur des choses qui n'ont qu'un seul producteur ou possesseur. » Cette disposition est reprise à l'article 247, paragraphe 4, point 1, du RGCE.

38. La Commission a fait valoir que la directive 71/305 et la directive 77/62 n'autorisent pas le recours aux marchés de gré à gré dans les cas envisagés dans les dispositions litigieuses. La Commission a notamment relevé à cet égard que ces dispositions laissent aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de déterminer de manière discrétionnaire si l'on se trouve en présence de circonstances telles qu'il n'est pas possible ou qu'il ne convient pas, pour des raisons exceptionnelles, de favoriser une mise en concurrence.

39. Le gouvernement espagnol a fait valoir que les dispositions litigieuses ne confèrent pas aux autorités un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et qu'elles relèvent de l'article 9, sous b), de la directive 71/305 et de l'article 6, sous b), de la directive 77/62.

40. L'article 9, sous b), de la directive 71/305 dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés de gré à gré « pour les travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant de la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé ». Il nous semble clair que l'article 37, paragraphe 1, point 1, de la LCE, n'est pas conforme à cette disposition. Il se peut que, comme le soutient le gouvernement espagnol, la formulation « il n'est pas possible [ou il ne convient pas] de favoriser une mise en concurrence » doive être considérée comme correspondant en substance à la condition prévue par la directive, selon laquelle l'exécution des travaux « ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé ». Cependant, d'une part, la référence dans la disposition aux « raisons techniques ou exceptionnelles » ne concerne que la seconde partie de la disposition, qui vise les cas dans lesquels il ne convient pas de favoriser une mise en concurrence, ce qui implique que la première partie de la disposition semble autoriser de manière générale les pouvoirs adjudicateurs à passer des marchés de gré à gré en invoquant le fait qu'« il n'est pas possible de favoriser une mise en concurrence ». En second lieu, la référence par la disposition à des raisons « exceptionnelles » est à considérer comme trop large et indéterminée, par rapport aux « raisons techniques, artistiques ou tenant de la protection des droits d'exclusivité » exigées par la directive.

41. Le libellé de l'article 6, sous b), de la directive 77/62 est identique pour l'essentiel à celui de l'article 9, sous b), de la directive 71/305. Il est vrai que, comme l'affirme le gouvernement espagnol, il est fait référence, dans la deuxième partie de l'article 87, paragraphe 4, point 1, de la LCE, à des critères qui semblent correspondre largement à ceux qui ont été utilisés à l'article 6, sous b), de la directive 77/62. Toutefois, la première partie de la disposition, qui concerne les cas dans lesquels « il est impossible ou inopportun de susciter la concurrence au niveau de l'offre », n'est reliée à la seconde partie que par un « comme », ce qui montre à notre avis que la seconde partie n'a qu'une valeur d'exemple et que la disposition peut par conséquent permettre la passation de marchés de gré à gré pour d'autres raisons que celles qui y sont mentionnées. Cela n'est pas compatible avec la directive, qui est exhaustive sur ce point.

42. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 37, paragraphe 1, point 1, de la LCE et l'article 117, paragraphe 1, point 1, du RGCE sont incompatibles avec la directive 71/305 et que l'article 87, paragraphe 4, point 1, de la LCE et l'article 247, paragraphe 4, point 1, du RGCE sont incompatibles avec la directive 77/62.

b. *L'article 37, paragraphe 1, point 2 et l'article 87, paragraphe 4, point 2, de la LCE; l'article 117, paragraphe 1, point 2 et l'article 247, paragraphe 4, point 2, du RGCE*

43. L'article 37, paragraphe 1, point 2, de la LCE, qui est repris à l'article 117, paragraphe 1, point 2, du RGCE, dispose qu'en

ce qui concerne les marchés de travaux, des marchés de gré à gré peuvent être passés dans « les cas d'urgence reconnue, résultant de besoins pressants qui exigent une prompte exécution impossible à réaliser dans le cadre de la procédure d'urgence réglementée à l'article 26 de la présente loi et après accord du pouvoir adjudicateur » [16]. En ce qui concerne les marchés de fournitures, une disposition au libellé analogue figure à l'article 87, paragraphe 4, point 2, de la LCE, qui est repris à l'article 247, paragraphe 4, point 2, du RGCE.

44. Le problème qui se pose est de savoir si ces dispositions sont conformes à l'article 9, sous d), de la directive 71/305 et à l'article 6, sous d), de la directive 77/62. Ces deux dernières dispositions, qui ont la même teneur, disposent que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer les marchés publics en question sans appliquer les dispositions des directives — à l'exception des règles dans le domaine technique — « dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs » n'est pas compatible avec les délais exigés par d'autres procédures [17].

45. Le gouvernement espagnol a contesté le moyen de la Commission selon lequel la formulation des dispositions espagnoles litigieuses est plus large que ce qui est prévu dans les directives. Le gouvernement a fait valoir que les règles espagnoles contiennent les trois conditions qui sont fixées dans les directives. Pour ce qui est de la condition des directives tenant à l'*urgence impérieuse*, le gouvernement a fait valoir que les notions de « necesidades apremiantes » et d'« urgencia imperiosa » ont en principe la même signification, toutes deux faisant référence à des nécessités auxquelles il doit être fait face sans le moindre retard. Pour ce qui est de la condition des directives tenant aux *événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs*, le gouvernement a fait valoir qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole que le caractère imprévisible des événements est un élément inséparable de la notion d'urgence, si bien qu'il n'est pas nécessaire de préciser cette condition de manière explicite. Enfin, la condition des directives liée au fait que les événements en question *ne sont pas compatibles avec les délais exigés par d'autres procédures* est expressément prévue dans la réglementation espagnole.

46. A première vue, nous pensons que la réglementation espagnole fixe des conditions qui correspondent plus ou moins à l'*urgence impérieuse* exigée par les directives. Certes, comme le relève la Commission, il est fait référence dans les dispositions espagnoles à l'urgence résultant de « besoins pressants », ce qui en soi n'est pas tout à fait équivalent au caractère impérieux, mais il ne faut pas oublier que ces « besoins pressants » sont qualifiés par les dispositions espagnoles de besoins « qui exigent une prompte exécution ». Une condition selon laquelle l'urgence doit résulter de besoins pressants qui exigent une intervention immédiate nous semble avoir la même signification restrictive que l'exigence des directives selon

16 — En espagnol, le libellé de la disposition est le suivant: « Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de *necesidades apremiantes* que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación. » (c'est nous qui soulignons).

17 — En espagnol, le libellé de l'article 9, sous d), de la directive 71/305 est le suivant: « En la medida estrictamente necesaria, cuando una *imperiosa urgencia* resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos. » (c'est nous qui soulignons). L'article 6, sous d), de la directive 77/62 a la même teneur.

laquelle l'urgence doit avoir un caractère impérieux.

A notre avis, il n'est toutefois pas nécessaire d'approfondir cette question. En effet, il est manifeste selon nous que les dispositions espagnoles ne satisfont pas aux dispositions applicables des directives dans la mesure où celles-ci exigent la présence d'*événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs.* Il n'est pas contesté que les règles espagnoles ne comportent pas expressément une condition ayant cette teneur et il est incontestable qu'il s'agit là d'une condition distincte et importante pour l'application de la disposition [18]. A notre avis, le fait que, comme le gouvernement l'a indiqué, la Cour constitutionnelle espagnole ait déclaré dans deux arrêts que « la notion d'urgence est liée à la nécessité de résoudre une situation qui, *pour des raisons difficiles à prévoir*, exige une intervention immédiate » ne garantit pas de façon suffisamment certaine le respect de la condition de la directive selon laquelle les événements étaient *imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs.*

47. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 37, paragraphe 1, point 2, de la LCE et l'article 117, paragraphe 1, point 2, du RGCE sont incompatibles avec la directive 71/305 et que l'article 87, paragraphe 4, point 2, de la LCE et l'article 247, paragraphe 4, point 2, du RGCE sont incompatibles avec la directive 77/62.

18 — Voir à cet égard l'arrêt de la Cour du 18 mars 1992, Commission/Espagne (affaire C-24/91, Rec. I, p. 1989), dans lequel la Cour a établi au point 13 que les conditions d'application de l'article 9, sous d), de la directive 71/305 sont cumulatives.

c. *L'article 37, paragraphe 1, point 7 et l'article 87, paragraphe 4, point 5, de la LCE; l'article 117, paragraphe 1, point 7 et l'article 247, paragraphe 4, point 5, du RGCE*

48. L'article 37, paragraphe 1, point 7, de la LCE, qui est repris à l'article 117, paragraphe 1, point 7, du RGCE, dispose qu'en ce qui concerne les marchés de travaux, des marchés de gré à gré peuvent être passés « lorsque l'adjudicataire ne remplit pas les conditions nécessaires pour formaliser le marché ('formalización') et à condition que le gré à gré soit octroyé conformément aux conditions fondamentales et à un prix non supérieur à ceux qui ont fait l'objet d'un appel d'offres ». En ce qui concerne les marchés de fournitures, une disposition au libellé analogue figure à l'article 87, paragraphe 4, point 5, de la LCE, où il a cependant été ajouté: « ... à moins que l'administration décide de les mettre à nouveau en licitation aux conditions établies pour chaque cas ». Cette disposition est reprise à l'article 247, paragraphe 4, point 5, du RGCE.

49. Le gouvernement espagnol a expliqué que la législation espagnole opère une distinction entre « l'adjudicación » ou attribution du marché et « la formalización » qui en permet l'exécution et que les dispositions litigieuses ont « pour origine la situation particulière dans laquelle l'administration peut se trouver lorsqu'après une adjudication, elle se trouve liée par un contrat parfait qui sort ses pleins effets mais qui est inexécutable parce que l'adjudicataire, pour des raisons qui lui sont imputables, empêche la réalisation du marché ».

50. La Commission a fait valoir que la directive 71/305 et la directive 77/62 ne comportent pas de dispositions ayant cette teneur et que les dispositions espagnoles sont par conséquent contraires à ces directives. La Commission a soutenu que le problème posé par la situation visée par ces dispositions, dans laquelle le marché ne peut pas être réalisé pour des raisons qui sont imputables à l'adjudicataire, doit en principe être résolu par l'ouverture d'une nouvelle procédure par les pouvoirs adjudicateurs. Dans une telle situation, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de passer des marchés de gré à gré en cas d'urgence mais il faut vérifier dans chaque cas si les conditions du recours à ce motif de dérogation sont réunies.

51. Le gouvernement espagnol a fait valoir que la situation visée par les dispositions espagnoles est caractérisée par l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles qui est mentionnée à l'article 9, sous d), de la directive 71/305 et à l'article 6, sous d), de la directive 77/62, et qui peut justifier la passation de marchés de gré à gré [19].

Le gouvernement espagnol a affirmé en outre que les dispositions espagnoles fixent des limites qui sont très étroites et qui ne figurent pas dans les dispositions des directives, à savoir que les conditions de base de l'appel d'offres initial soient respectées et que l'adjudication finale ne s'effectue pas à des prix supérieurs à ceux qui figurent dans l'offre initialement retenue. A cela s'ajoute que la procédure de passation des marchés de gré à gré prévue à l'article 37, paragraphe 2, de la LCE présuppose une négociation avec au moins trois entreprises. Pour ces raisons, le gouvernement a fait valoir que les dispositions litigieuses comportent une solution qui est « plus avantageuse » que les types de solutions préconisés par la Commission.

Enfin, le gouvernement fait valoir que les dispositions litigieuses concernent une situation qui est très proche du cas visé à l'article 9, sous a), de la directive 71/305, que le gouvernement espagnol décrit comme « celui de la procédure infructueuse qui ne débouche sur aucune adjudication » et qu'il y a d'autant plus de raisons d'admettre les marchés de gré à gré dans la situation de l'espèce, qui est encore plus grave, étant donné qu'« on part d'une phase plus avancée de la procédure ».

52. L'opinion de la Commission sur ce point emporte notre pleine adhésion. Il n'est pas possible de constater de manière générale qu'il s'agit en l'espèce des cas visés par les dispositions des directives relatives à l'urgence. La question de savoir s'il y a urgence dans des situations de ce type doit, comme l'a soutenu la Commission, être appréciée dans chaque cas concret.

Il ne peut pas être déterminant à cet égard que le droit espagnol prévoit des conditions plus strictes pour ce qui est de la procédure de passation de marchés de gré à gré elle-même. Il ne peut pas non plus être déterminant que l'article 9, sous a), de la directive 71/305 autorise la passation de marchés de gré à gré lorsqu'il n'a pas été possible, à la suite d'une procédure d'appel d'offres, de recueillir des soumissions acceptables. Cette situation diffère de celle du cas d'espèce, dans laquelle il semble précisément possible, comme l'a soutenu la Commission,

19 — Le gouvernement espagnol a ajouté que si normalement la récupération des délais d'exécution déjà expirés ne peut pas être obtenue par le recours aux procédures ordinaires, la possibilité d'un tel recours est expressément prévue à l'article 87, paragraphe 4, point 5, de la LCE.

d'adjuger le marché à l'adjudicataire classé en second par exemple ou dans laquelle il n'y a en tout état de cause pas de raisons concrètes de craindre qu'une nouvelle procédure d'adjudication n'aboutirait pas à des offres acceptables [20].

53. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 37, paragraphe 1, point 7, de la LCE et l'article 117, paragraphe 1, point 7, du RGCE sont incompatibles avec la directive 71/305 et que l'article 87, paragraphe 4, point 5, de la LCE et l'article 247, paragraphe 4, point 5, sont incompatibles avec la directive 77/62.

d. *L'article 37, paragraphe 1, point 8, de la LCE et l'article 117, paragraphe 1, point 8, du RGCE*

54. L'article 37, paragraphe 1, point 8, de la LCE, qui est repris à l'article 117, paragraphe 1, point 8, du RGCE, dispose qu'en ce qui concerne les marchés de travaux, des marchés de gré à gré peuvent être passés « pour les travaux qui visent à compléter l'exécution de travaux dont les contrats ont été résolus aux conditions déjà énoncées au paragraphe précédent, sans préjudice de l'application, le cas échéant, des dispositions du paragraphe 2 du présent article (urgence) ».

55. La Commission a fait valoir que cette disposition est incompatible avec la directive 71/305 et a renvoyé à cet égard aux arguments qu'elle a présentés sur le point précédent.

56. Le gouvernement espagnol s'est borné à affirmer que cette disposition ne pouvait se fonder sur une justification aussi claire que l'hypothèse précédente et que la disposition serait supprimée dans le cadre de la modification envisagée de la LCE.

57. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 37, paragraphe 1, point 8, de la LCE et l'article 117, paragraphe 1, point 8, du RGCE sont incompatibles avec la directive 71/305.

e. *L'article 120, paragraphe 1, points 1, 2 et 6 du décret législatif sur le régime local*

58. La Commission a indiqué que l'article 120, paragraphe 1, points 1, 2 et 6, du décret législatif n° 781/1986 sur le régime local énumère des cas dans lesquels il est permis de passer des marchés de gré à gré qui sont analogues aux dispositions traitées ci-dessus de la LCE et du RGCE et a fait valoir que ces dispositions sont par conséquent également contraires aux directives.

59. Cela n'a pas été contesté par le gouvernement espagnol et la Cour peut par conséquent adjuger à la Commission ses conclusions sur ce point.

60. Les parties divergent en revanche sur les conséquences de cette incompatibilité. Le gouvernement espagnol a fait valoir qu'il ne

20 — Enfin, on ne saurait attacher une importance déterminante au fait que l'article 87, paragraphe 4, point 5, de la LCE permet le recours aux procédures ordinaires car il s'agit d'une compétence discrétionnaire des pouvoirs adjudicateurs et non pas d'une obligation qui naît lorsque les conditions liées à l'urgence ne sont pas réunies dans le cas concret.

serait pas nécessaire de modifier le décret législatif sur le régime local, la passation de marchés de gré à gré par les entités locales étant directement régie par les dispositions pertinentes de la LCE et du RGCE. Le gouvernement espagnol a indiqué à cet égard qu'aux termes de la première disposition finale des décrets royaux qui ont été adoptés dans le but d'adapter la LCE et le RGCE aux directives, les dispositions de la LCE et du RGCE serviraient de législation de base.

61. Selon un principe établi, la Cour peut uniquement constater, dans le présent arrêt, que les dispositions en question sont contraires aux obligations qui incombent à l'Espagne en vertu du droit communautaire, après quoi il appartient à l'Espagne de tirer les conséquences nécessaires d'une telle constatation.

Il peut cependant être utile de mentionner qu'une abrogation des règles en question serait la solution la plus conforme aux exigences du droit communautaire. Si ces règles ne sont pas abrogées, il existera en droit national une possibilité d'application erronée de la législation et l'insécurité juridique que cela provoquera sera en elle-même contraire au droit communautaire.

62. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 120, paragraphe 1, points 1, 2 et 6, du décret législatif sur le régime local est incompatible avec la directive 77/62 et la directive 71/305.

Dispositions relatives aux règles de participation et aux critères de sélection qualitative

63. La Commission a déposé des conclusions visant à faire déclarer qu'une série de dispositions espagnoles concernant la participation aux marchés et les critères de sélection qualitative sont contraires aux règles communautaires. Il nous semble approprié, à titre préliminaire, d'exposer brièvement les règles pertinentes des deux directives ainsi que la jurisprudence de la Cour dans ce domaine.

Il ressort de l'article 20 de la directive 71/305 et de l'article 17 de la directive 77/62 que la conclusion de marchés publics s'opère en deux phases. Tout d'abord, on procède à la sélection des entrepreneurs ou fournisseurs possédant les qualifications requises pour participer à l'adjudication. Cette vérification de l'aptitude des soumissionnaires implique d'une part que l'on examine si les soumissionnaires doivent être exclus de la participation au marché en raison de la situation propre des soumissionnaires, notamment pour des raisons tirées de l'insolvabilité ou du défaut d'honorabilité. D'autre part, on procède à un examen de la capacité économique, financière et technique des soumissionnaires. Une fois opérée la sélection des soumissionnaires pouvant participer à l'adjudication, le marché est attribué conformément aux critères établis à l'article 29 de la directive 71/305 et à l'article 25 de la directive 77/62, c'est-à-dire, en principe, soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse.

64. Les règles relatives à la sélection qualitative des soumissionnaires se trouvent aux articles 23 à 28 de la directive 71/305 et aux

articles 20 à 24 de la directive 77/62, qui sont, pour l'essentiel, parallèles.

L'article 23 de la directive 71/305 et l'article 20 de la directive 77/62 contiennent une liste de circonstances ayant trait à *l'honorabilité* et à *la solvabilité* des soumissionnaires et pouvant justifier leur exclusion de la participation au marché. Ces dispositions contiennent également une liste des documents et certificats dont les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger la production, comme preuve de ce que les opérateurs ne se trouvent pas dans l'une des situations énumérées. L'article 24 de la directive 71/305 et l'article 21 de la directive 77/62 disposent que tout entrepreneur ou fournisseur désireux de participer à un marché public de travaux ou à un marché public de fournitures peut être invité à justifier de son inscription au *registre professionnel* du pays où il est établi. L'article 25 de la directive 71/305 et l'article 22 de la directive 77/62 prévoient les modalités selon lesquelles les soumissionnaires peuvent justifier de leur *capacité financière et économique*. L'article 26 de la directive 71/305 et l'article 23 de la directive 77/62 prévoient les modalités selon lesquelles les soumissionnaires peuvent justifier de leurs *capacités techniques*. L'article 27 de la directive 71/305 et l'article 24 de la directive 77/62 disposent que les pouvoirs adjudicateurs peuvent inviter les fournisseurs à *compléter ou expliciter* les justificatifs présentés, mais que cela doit avoir lieu dans les limites, respectivement, des articles 23 à 26 de la directive 71/305 et des articles 20 à 23 de la directive 77/62. Enfin, l'article 28 de la directive 71/305 contient des règles relatives à l'inscription sur les *listes officielles d'entrepreneurs agréés* existant dans certains États membres, et prévoit notamment dans quelle mesure l'inscription sur une telle liste peut être utilisée par l'entrepreneur comme moyen de preuve alternatif pour démontrer qu'il satisfait aux critères qualitatifs visés aux articles 23 à 26 de la directive.

65. La Cour a rendu deux arrêts contenant des éléments essentiels d'interprétation aux fins de l'application de ces dispositions. Il s'agit des arrêts de la Cour du 10 février 1982 dans l'affaire 76/81, Transporoute [21] et du 20 septembre 1988 dans l'affaire 31/87, Beentjes [22]. L'interprétation de la Cour portait sur les dispositions pertinentes de la directive 71/305, mais devrait également pouvoir s'appliquer par analogie aux dispositions correspondantes de la directive 77/62. On peut déduire de ces arrêts

— que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent effectuer une vérification de l'aptitude professionnelle des soumissionnaires non exclus pour une des raisons concernant leur situation propre que sur la base de critères fondés sur leur capacité économique, financière et technique [23], et

— que l'énumération faite par les directives, des références pouvant être exigées

21 — Rec. p. 417.

22 — Rec. p. 4635.

23 — Voir point 17 des motifs de l'arrêt Beentjes, dans lequel la Cour a constaté ce qui suit: « L'article 20 précité prévoit que la vérification de l'aptitude des entrepreneurs est effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères de capacité économique, financière et technique visés aux articles 25 à 28. L'objet de ces articles n'est pas de délimiter la compétence des États membres pour fixer le niveau de capacité économique, financière et technique requis en vue de la participation aux différents marchés publics, mais de déterminer quels sont les références probantes ou moyens de preuve pouvant être fournis pour justifier la capacité financière, économique et technique des entrepreneurs... Néanmoins, il résulte de ces dispositions que les pouvoirs adjudicateurs *ne peuvent effectuer la vérification de l'aptitude des entrepreneurs que sur la base de critères fondés sur leur capacité économique, financière et technique.* » (c'est nous qui soulignons).

comme preuve que les soumissionnaires satisfont aux conditions d'honorabilité etc. et de capacité technique est exhaustive, alors qu'il n'y a rien qui s'oppose à ce que les pouvoirs adjudicateurs exigent la production de preuves autres que celles mentionnées dans les directives, pour autant qu'il s'agit de démontrer que les soumissionnaires possèdent la capacité économique et financière requise [24].

66. Les pouvoirs adjudicateurs conservent la faculté de subordonner la conclusion de marchés publics à des conditions autres que celles relatives à la vérification de l'aptitude des entrepreneurs sur la base de leur capacité économique, financière et technique, ou relatives aux critères d'attribution du marché concerné. Dans son arrêt dans l'affaire Beentjes, la Cour a déclaré que des clauses contractuelles supplémentaires ne sont pas en elles-mêmes incompatibles avec la directive 71/305 [25]. Toutefois, la Cour a également constaté que de telles clauses contractuelles, pour être compatibles avec la directive, doivent d'une part respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services, et doivent, d'autre part, être mises en œuvre dans le respect des normes procédurales de la directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient [26].

67. C'est dans ce contexte qu'il y a lieu d'apprécier les conclusions de la Commission relatives au non respect des règles de participation et des critères de sélection qualitative définis par les directives.

24 — La Cour a constaté, au point 9 de l'arrêt Transporoute, ce qui suit: « ... l'article 27 précise que le pouvoir adjudicateur n'a la possibilité d'inviter l'entrepreneur à compléter les certificats et documents présentés que dans les limites fixées aux articles 23 et 26 de la directive qui *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. » (c'est nous qui soulignons).
Cette affaire posait la question de savoir s'il était compatible avec les règles de la directive d'exiger que l'entreprise soit en possession d'une autorisation d'établissement gouvernementale de l'État membre dans lequel l'adjudication a était faite. La Cour a constaté, au point 10 des motifs: « Comme l'autorisation d'établissement en cause ... ne vise pas à établir la capacité financière et économique des entreprises mais la qualification professionnelle et l'honorabilité de leurs dirigeants, elle constitue ... *un mode de preuve étranger à ceux limitativement autorisés par la directive.* » (c'est nous qui soulignons).
La Cour a conclu, eu égard à ces considérations, comme suit: « La directive 71/305 du Conseil doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce qu'un État membre exige d'un soumissionnaire établi dans un autre État membre qu'il fasse la preuve de ce qu'il remplit les critères énoncés aux articles 23 à 26 de cette directive et relatifs à son honorabilité et à sa qualification professionnelle par d'autres moyens, telle une autorisation d'établissement, que ceux énoncés par ces dispositions. »
La thèse selon laquelle les directives ne contiennent pas une énumération exhaustive des documents pouvant être exigés comme preuve de la capacité économique et financière des soumissionnaires est accréditée par l'arrêt de la Cour du 9 juillet 1987, Bellini, points 10, 11 et 17 (affaires jointes 27 à 29/86, Rec. p. 3347).

25 — La Cour est parvenue à ce résultat, entre autres, au motif que « la directive n'établit pas une réglementation communautaire uniforme et exhaustive, mais que, dans le cadre des règles communes qu'elle contient, les États membres restent libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales en matière de marchés publics, à condition de respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire ... » (point 20).

26 — Voir points 28 à 31 de l'arrêt Beentjes. Voir en outre, à propos de cette pratique, la communication de la Commission du 22 septembre 1989 intitulée « Marchés publics, aspects régionaux et sociaux », JO C 311, p. 7, points 43 à 64.
Voir également l'arrêt de la Cour du 3 juin 1992, Commission/Italie (affaire C-360/89, Rec. I, p. 3401), qui concernait une disposition de la législation italienne selon laquelle, dans la sélection des candidats invités à soumissionner par le pouvoir adjudicateur en application des règles relatives aux procédures restreintes, cf. article 22 de la directive 71/305, il fallait « accorder la préférence aux associations temporaires et consortiums auxquels participent des entreprises qui exercent leur activité principale dans la région où sont effectués les travaux ». La Cour s'est bornée à constater qu'il s'agissait d'un critère de sélection qui n'était pas mentionné aux articles 23 à 26 de la directive et qui était par conséquent contraire à l'article 22 de la directive. Bien que la Cour n'ait pas poussé plus loin son analyse autrement que par l'examen de la question de savoir si le critère en question était compatible avec la directive à la lumière des principes établis dans l'arrêt Beentjes, il ne semble guère que cet arrêt puisse constituer un revirement de jurisprudence.

a. *Les articles 24, paragraphe 1, point 1, et 25, paragraphe 1, points 1 et 3, du RGCE*

68. L'article 24, paragraphe 1, point 1, du RGCE dispose comme suit:

« Pour la passation de marchés avec l'administration, les entreprises étrangères doivent remplir en plus des conditions prévues dans l'article 23 du présent règlement, les conditions suivantes:

1° Avoir la pleine capacité de passer des marchés et de contracter des obligations conformément à la législation de leur pays ».

L'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3, du RGCE, dispose comme suit:

« La personnalité des entreprises est établie auprès de l'administration de la façon suivante:

1° Si l'entreprise est une personne juridique, moyennant la présentation de l'acte constitutif ou modificatif, dûment inscrit au registre du commerce. Pour les entrepreneurs, est obligatoire la production du document national d'identité ou du document qui, le cas échéant, le remplace réglementairement.

...

3° Les entreprises étrangères présenteront une traduction officielle de leurs documents constitutifs en castillan ou, le cas échéant, dans la langue de la communauté autonome sur le territoire de laquelle se trouve le siège du pouvoir adjudicateur, ainsi qu'un certificat délivré par l'ambassade d'Espagne dans le pays en question qui atteste que, conformément à la législation de ce pays, l'entreprise a la capacité de passer des marchés ou de contracter des obligations. »

69. La Commission a fait valoir que les exigences de preuve précitées ne sont pas prévues dans les directives 71/305 et 77/62 et qu'en raison du caractère exhaustif des directives, elles ne sauraient dès lors justifier l'exclusion de la participation aux marchés de soumissionnaires qui ne les remplissent pas. Selon la Commission, les pouvoirs adjudicateurs ont suffisamment de possibilités de vérifier que les entreprises étrangères ont la capacité juridique et le statut de personne morale, du fait qu'ils peuvent exiger des soumissionnaires qu'ils justifient, d'une part, être inscrits au registre professionnel de leur pays d'origine, et, d'autre part, qu'ils ne se trouvent dans aucune des situations visées par l'article 23 de la directive 71/305 et l'article 20 de la directive 77/62. La Commission a précisé, particulièrement au cours de la procédure orale, que le fait d'exiger des soumissionnaires la capacité juridique est, en soi, compatible avec le droit communautaire.

70. Le gouvernement espagnol a soutenu *qu'*une condition relative à la capacité juridique doit être logiquement exigée préalablement aux exigences de la directive en matière de capacité économique, financière et technique ainsi que d'honorabilité, *que* cette exigence est nécessaire pour assurer que la responsabilité des entrepreneurs puisse être engagée et *que* cette exigence n'opère aucune discrimination entre soumis-

sionnaires étrangers et espagnols. Le gouvernement espagnol a souligné, en complément à ce qui précède, que l'article 24, paragraphe 1, point 1, du RGCE n'impose pas aux soumissionnaires de produire des documents déterminés, mais pose simplement une condition abstraite relative à la capacité juridique. Au reste, le gouvernement espagnol est d'avis que les directives n'établissent pas de règles suffisantes en ce qui concerne la preuve de la capacité juridique des entreprises et leur statut de personne morale, ce qui justifie les règles contenues à l'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3 du RGCE [27].

71. Ainsi qu'il a été indiqué en introduction, il résulte de la jurisprudence de la Cour que, s'agissant d'apprécier la légalité de critères d'exclusion ayant pour effet d'empêcher la participation à des appels d'offres pour des marchés publics, il est décisif en premier lieu d'identifier quel type de condition est en cause.

On peut certes discuter du point de savoir si une exigence relative à la capacité juridique est comprise dans les critères dont il est question dans les règles des directives relatives à la sélection qualitative des soumissionnaires. Il est en revanche difficilement concevable que l'objectif de cette exigence soit autre que celui d'assurer qu'il s'agit d'un soumissionnaire de bonne foi, en mesure d'exécuter le marché et ayant, le cas échéant, la capacité d'engager sa responsabilité en cas d'inexécution du marché. C'est pourquoi il s'agit, selon nous, d'une exigence qu'on doit considérer comme relevant effectivement du domaine dans lequel les directives ont entendu énumérer de façon exhaustive les moyens de preuve pouvant être exigés [28].

Il convient d'assortir ces remarques d'une réserve importante. Le droit communautaire ne saurait bien entendu s'opposer à ce que les pouvoirs adjudicateurs refusent de conclure des marchés avec des entreprises dépourvues de capacité juridique. En ce sens, l'exigence visée à l'article 24, paragraphe 1, point 1, n'est pas illégale. Les directives s'opposent en revanche à ce qu'il soit exigé de façon générale que les entreprises aient justifié de leur capacité juridique. A des fins pratiques, il est en effet superflu, de poser des exigences spécifiques en ce qui concerne la preuve de la capacité juridique des soumissionnaires, eu égard au fait qu'il peut être exigé de l'entreprise qu'elle justifie de son inscription au registre professionnel de son pays d'origine et établisse qu'elle ne se trouve pas en situation d'insolvabilité. Une telle exigence en matière de preuve, qui n'est pas, selon les informations qui nous ont été fournies, requise des soumissionnaires espagnols, implique des

27 — Les parties ont discuté de l'importance qu'il convenait d'accorder au fait que l'article 24 de la directive 71/305 énumère uniquement les registres professionnels dans six États membres, et l'article 21 de la directive 77/62 uniquement les registres professionnels dans neuf États membres. La commission a indiqué que l'article 24 de la directive 71/305 a été complété par les Actes d'adhésion de 1972, 1979 et 1985, et que l'article 21 de la directive 77/62 peut aisément être appliqué par analogie pour ce qui concerne les trois autres États membres. Nous pouvons nous rallier entièrement à la conception de la Commission sur ce point et nous ne nous proposons pas d'examiner ce point plus en détail.

28 — On peut, à notre avis, trouver dans l'arrêt de la Cour dans l'affaire Transporoute des éléments en faveur de cette interprétation. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'exigence d'une autorisation d'établissement avait pour but d'établir la « qualification professionnelle et l'honorabilité [des] dirigeants » et que, partant, cette exigence était contraire à la directive 71/305, qui contient une énumération exhaustive des modes de preuve pouvant être exigés pour justifier de ces qualités. La Cour n'a cependant pas expliqué de façon plus précise pourquoi une autorisation d'établissement telle que celle en cause était censée concerner l'honorabilité des soumissionnaires. Nous en déduisons que tous les documents qui concernent non seulement l'honorabilité et la solvabilité des soumissionnaires au sens strict, mais leur capacité générale à conclure des marchés publics, doivent être compatibles avec l'énumération exhaustive des modes de preuve à l'article 23 en liaison avec l'article 24, relatif à la preuve de l'inscription au registre professionnel du pays d'origine de l'entreprise.

charges pour les soumissionnaires étrangers, qu'on ne saurait raisonnablement justifier par l'objectif qui sous-tend cette exigence.

72. La Commission a en outre soutenu que les dispositions de l'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3 du RGCE, pour autant qu'elles s'appliquent aux marchés publics de travaux, sont contraires à l'article 59 du traité relatif à la libre prestation des services.

73. Constater que les règles espagnoles litigieuses sont contraires à l'article 59 présente relativement peu d'intérêt, du moment qu'il a déjà été constaté qu'elles sont contraires aux règles des directives. Il devrait suffire de constater le caractère superfétatoire des documents requis, qui s'ajoutent à ceux pouvant être exigés des soumissionnaires sur la base des directives, parce que de telles exigences impliquent pour les intéressés des charges qui ne sont pas nécessaires. Cela dit, si la Cour estime qu'il convient de condamner l'Espagne également pour violation de l'article 59 du traité, on peut également aisément constater que le grief est fondé.

74. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que l'article 59 du traité implique notamment l'élimination de toute discrimination exercée à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être exécutée. Des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de services quelle qu'en soit l'origine ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 56 du traité, qui a trait aux considérations d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique [29]. Toutefois des entraves à la libre prestation des services peuvent aussi provenir de l'application de réglementations nationales, qui touchent toute personne établie sur le territoire national, à des prestataires établis sur le territoire d'un autre État membre, lesquels doivent déjà satisfaire aux prescriptions de la législation de cet État. Selon une jurisprudence constante de la Cour, de telles entraves ne sont compatibles avec l'article 59 du traité que si elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général qui ne soient pas déjà satisfaites par les règles imposées dans l'État membre où le prestataire est établi et qu'elles soient appropriées et nécessaires aux fins de la réalisation de l'objectif poursuivi, ce qui implique que le même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes [30].

75. Les exigences énoncées à l'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3, faisant obligation de produire des documents spécifiques en tant que condition à la conclusion de marchés publics, constituent des entraves à la libre prestation des services. On doit, à notre sens, donner acte à la Commission de ce que, quel que soit l'objectif d'intérêt général poursuivi, celui-ci serait suffisamment assuré du fait de la possibilité d'exiger la production des documents énumérés dans la directive 71/305. Étant donné qu'elles ne peuvent pas être tenues pour objectivement nécessaires aux fins de la protection du ou des intérêts qu'elles visent à sauvegarder, les

29 — Voir, en dernier lieu, l'arrêt de la Cour du 4 mai 1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos, points 13 et 16 des motifs (affaire C-17/92, non encore publiée au recueil).

30 — Voir l'arrêt de la Cour du 25 juillet 1991, Collectieve Antenne voorziening Gouda, points 12 à 15 des motifs, (affaire C-288/89, Rec. p. I-4035).

dispositions en cause sont incompatibles avec l'article 59 du traité.

76. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 25, paragraphe 1, points 1 et 3 du RGCE, est incompatible tant avec les directives 71/305 et 77/62 qu'avec l'article 59 du traité.

b. *L'article 284, paragraphe 5 du RGCE*

77. L'article 28 de la directive 71/305 a trait aux listes officielles d'entrepreneurs agréés qu'on trouve dans certains États membres (système dit du classement) et détermine l'usage que les entrepreneurs peuvent faire des certificats de classement en vue de prouver qu'ils remplissent certains des critères prévus par la directive aux fins de leur sélection.

78. L'article 284, paragraphe 5, dispose:

« Pour pouvoir se prévaloir des dispositions du paragraphe 3 du présent article [c'est-à-dire pour pouvoir se prévaloir du droit de prouver sa capacité par des moyens autres que le classement], les entrepreneurs non espagnols des États membres de la Communauté doivent prouver au moyen d'un certificat délivré par le Comité consultatif des marchés publics qu'ils ne sont pas classés ou qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un classement ayant été suspendu ou annulé ».

Si nous avons bien compris les informations dont nous disposons, cette disposition doit être entendue en ce sens qu'en droit espagnol les entrepreneurs doivent en principe utiliser les certificats de classement, et qu'ils ne peuvent prouver leurs qualifications autrement que s'ils produisent un certificat délivré par un organisme espagnol, d'où il apparaît qu'ils ne sont pas classés sur la liste espagnole [31], ou qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un classement ayant été suspendu ou annulé.

79. La Commission a fait valoir qu'on peut déduire de la directive 71/305 [32] un droit pour les entrepreneurs de choisir s'ils entendent prouver leurs qualifications au moyen d'un certificat de classement ou d'une autre manière. L'exigence du certificat spécial comme condition pour pouvoir prouver sa qualité d'une autre manière qu'en produisant un certificat de classement est donc, de l'avis de la Commission, contraire au système de la directive. La Commission a en outre fait valoir qu'il s'agit d'une entrave injustifiée et disproportionnée à la libre prestation des services, contraire à l'article 59 du traité.

80. Le gouvernement espagnol a fait valoir que cette disposition a pour objet d'éviter la fraude dans le système de classement, fraude consistant pour des entreprises d'autres États membres à éluder les effets de la suspension ou de l'annulation d'un classe-

31 — La Commission tient pour établi que cette disposition impose la condition d'un certificat « négatif » concernant le fait pour l'entrepreneur de ne pas être classé sur la liste des entrepreneurs agréés *en Espagne*. Cette interprétation de la disposition n'est pas contestée par le gouvernement espagnol.

32 — Dans sa requête, la Commission avait soutenu que la disposition litigieuse s'appliquait également, en vertu de l'article 109 de la LCE, aux marchés publics de fournitures. Le gouvernement espagnol a toutefois indiqué que les règles de classement n'ont pas été, en réalité, étendues de manière à englober également les marchés publics de fournitures. A la suite de cette objection et en réponse à une question posée sur ce point par la Cour, la Commission a précisé qu'elle ne conclut pas à la violation des dispositions de la directive 77/62 du fait des dispositions de l'article 284, paragraphe 5, du RGCE.

ment antérieur en recourant à la possibilité d'établir leur capacité en produisant d'autres moyens de preuve. Selon le gouvernement, il s'agit d'une simple formalité, qui n'est pas difficile à accomplir et qu'on ne peut pas considérer comme déraisonnable ou non objectivement justifié par rapport à l'objectif clair et simple, qui est d'éviter qu'un marché puisse être attribué à une entreprise qui ne réunit pas les conditions économique, financière et technique de classement professionnel.

81. On doit, à notre sens, donner acte à la Commission que les États membres ne peuvent pas introduire des restrictions au droit des entrepreneurs de choisir ceux des moyens de preuve dont ils entendent se servir pour prouver leurs qualifications. La directive présuppose la liberté de choix [33], et les règles de la directive relatives aux moyens de preuve, cf. articles 23 à 26, ne comportent aucune habilitation pour imposer une formalité telle que celle présentement contestée. On doit en outre donner acte à la Commission qu'il s'agit d'une entrave à la libre prestation des services qu'on ne saurait tenir pour justifiée par les considérations dont se prévaut le gouvernement espagnol. Compte tenu de ce qu'il est incompatible avec la directive 71/305 d'exiger que les entrepreneurs figurent sur la liste officielle des entrepreneurs dans l'État membre où se déroule l'adjudication [34], on ne peut pas non plus attacher de l'importance à la circonstance qu'un tel classement ait été, à un moment donné, annulé ou suspendu. Le seul point décisif est que les soumissionnaires puissent établir qu'au moment de la présentation de l'offre, ils possèdent les qualifications nécessaires. Cette considération doit être tenue pour suffisamment assurée du fait de la possibilité d'exiger des soumissionnaires qu'ils produisent les certificats et documents énumérés dans la directive 71/305.

82. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 284, paragraphe 5, du RGCE est incompatible avec la directive 71/305 et l'article 59 du traité.

c. *L'article 287, paragraphe 2, du RGCE*

83. L'article 287, paragraphe 2, du RGCE, relatif aux conditions de classement des entrepreneurs en Espagne, dispose comme suit:

« A cette fin, seront évalués de préférence les moyens personnels, matériels et financiers dont les entreprises disposent de façon permanente sur le territoire espagnol ».

84. La Commission a soutenu que cette disposition est contraire à la directive 71/305 [35] et à l'article 59 du traité.

85. Le gouvernement espagnol a soutenu que cette disposition n'a pas d'effet juridique concret puisqu'elle ne précise pas en quoi doit consister la préférence à laquelle

33 — Voir l'arrêt de la Cour du 9 juillet 1987, Bellini, points 24 et 25 (affaires jointes 27 à 29/86, Rec. p. 3347).

34 — Voir l'arrêt de la Cour dans l'affaire Transporoute, points 12 et 13.

35 — Dans sa requête, la Commission avait soutenu que la disposition litigieuse s'appliquait également, en vertu des articles 320 et 330 du RGCE, aux marchés publics de fournitures. Comme précédemment mentionné, le gouvernement espagnol a indiqué que les règles relatives au classement n'ont pas été étendues en sorte d'englober les marchés publics de fournitures. A la suite de cette objection et en réponse à une question de la Cour, la Commission a précisé qu'elle ne déposait pas de conclusions visant à faire déclarer contraire aux dispositions de la directive 77/62, l'article 287, paragraphe 2, du RGCE.

elle se réfère, et a indiqué, au reste, pour cette même raison, son intention de la supprimer. En outre, le gouvernement espagnol a fait valoir que cette disposition, si elle avait des effets juridiques, serait justifiée par l'article 26, sous c) et d), de la directive 71/305.

86. L'article 28, paragraphe 4, de la directive 71/305 dispose que « pour l'inscription des entrepreneurs des autres États membres sur ... [la] liste [officielle des 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 ». Ainsi que la Commission l'a à juste titre indiqué, ces dispositions ne permettent pas d'exiger des entrepreneurs d'autres États membres des informations relativement aux faits mentionnés à l'article 287, paragraphe 2, du RGCE. L'article 26, sous c) et d) de la directive, dispose que l'on peut exiger de l'entrepreneur une déclaration mentionnant, entre autres, l'outillage dont il disposera pour l'exécution de l'ouvrage, ainsi qu'une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels de l'entreprise pendant les trois dernières années. Le point décisif au regard de l'appréciation de la règle litigieuse est cependant qu'on ne peut trouver aucune base dans la directive pour exiger les informations particulières sur les effectifs, l'outillage et les moyens économiques *sur le territoire espagnol*. L'article 287, paragraphe 2, du RGCE, est donc incompatible avec la directive 71/305.

87. La Commission a également raison lorsqu'elle soutient que la disposition litigieuse constitue une entrave à la libre prestation des services. Cette règle doit être entendue en ce sens que la circonstance qu'une entreprise ne dispose pas (ou seulement dans une faible mesure) de l'outillage etc, sur le territoire espagnol, pourrait avoir de l'importance aux fins du classement en Espagne, ce qui à son tour pourrait avoir une incidence sur la possibilité pour l'entrepreneur concerné d'effectuer des prestations de services en Espagne. Bien que cette disposition s'applique formellement tant aux entrepreneurs étrangers que nationaux, il nous semble qu'il s'agit d'une disposition qui favorise en réalité les entrepreneurs espagnols, qui ont beaucoup plus de chances de disposer d'effectifs et d'outillage sur le territoire espagnol [36]. Il s'agit donc, en d'autres termes, d'une discrimination dissimulée fondée sur la nationalité, qui n'est fondée sur aucune des considérations pouvant justifier, selon le traité, de telles règles.

88. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 287, paragraphe 2, du RGCE est incompatible avec la directive 71/305 et l'article 59 du traité.

d. *L'article 312, paragraphe 2, du RGCE*

89. Cette disposition, qui détermine la force probante de certificats et documents du même type délivrés par les autorités d'autres États membres par rapport à une série d'exigences espagnoles en matière de preuve, est, de l'avis de la Commission, contraire sur certains points à l'article 28, paragraphe 3, de la directive 71/305, qui prévoit des règles relatives à la force probante de certificats de classement délivrés dans d'autres États membres. Ce point

36 — Voir l'arrêt de la Cour du 3 juin 1992, Commission/Italie, points 10, 11 et 12 des motifs (affaire C-360/89, Rec. p. I-3401).

n'a pas été contesté par le gouvernement espagnol, qui a signalé que cette disposition serait modifiée dans le cadre d'une modification prévue de la LCE. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de faire droit aux conclusions de la Commission sur ce point.

e. *L'article 320, paragraphe 3, point 5, du RGCE*

90. Cette disposition prévoit les modalités selon lesquelles un fournisseur peut justifier de sa capacité technique et dispose, entre autres, que cette preuve peut être établie par des certificats concernant les marchandises dont il s'agit, établis par des instituts ou services officiels espagnols chargés du contrôle de la qualité. Cette disposition est, de l'avis de la Commission, contraire à l'article 23, paragraphe 1, sous e), de la directive 77/62, d'après lequel on peut, certes, exiger que soient produits des certificats de qualité, mais non que ces derniers soient établis par un organisme de l'État du siège des pouvoirs adjudicateurs. La Commission a soutenu en même temps que cette exigence constitue une entrave à la libre circulation des marchandises, contraire à l'article 30 du traité. Ce point n'a pas été contesté par le gouvernement espagnol, qui a signalé que cette disposition serait supprimée dans le cadre d'une modification prévue de la LCE. Le gouvernement espagnol a seulement fait valoir l'argument selon lequel il s'agit d'une formulation erronée à laquelle il pourrait être remédié par une interprétation non littérale de la disposition en cause. Cet argument ne saurait être retenu. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de faire droit aux conclusions de la Commission sur ce point.

f. *L'article 341 du RGCE*

91. L'article 341 du RGCE dispose:

« Conformément à la quatrième disposition finale de la LCE, le gouvernement peut, s'il le juge opportun, dispenser les entrepreneurs ayant obtenu un classement déterminé du ministère des Finances de constituer une garantie provisoire en cas de soumissions relatives à des marchés de travaux ».

92. La Commission a indiqué que cette faculté a été mise en œuvre par le décret royal n° 1883/79 du 1er juin 1979, qui autorise les pouvoirs adjudicateurs à inclure dans les cahiers des charges une clause de dispense, et par l'arrêté du 23 octobre 1979, aux termes duquel une dispense peut être incluse dans les cahiers des charges du ministère des travaux publics et de l'urbanisme et de ses organismes autonomes.

93. La Commission a soutenu que l'article 341 du RGCE est incompatible avec la directive 71/305 et l'article 59 du traité. La Commission a fait valoir que la possibilité de soumissionner sans être classé est un droit qui appartient à l'entrepreneur et que l'exercice de ce droit ne peut pas être entravé sur la base des motifs avancés par les autorités espagnoles. La dispense de constituer une garantie provisoire, accordée aux entrepreneurs ayant obtenu un classement, constituerait une incitation financière à être classé et aurait pour effet de limiter en pratique le droit de soumissionner sans être classé.

La Commission a en outre indiqué qu'elle ne voit pas de difficultés à étendre le bénéfice de la dispense de la garantie provisoire aux soumissionnaires qui ont justifié de leurs capacités par d'autres moyens que le classement. Selon la Commission, les pouvoirs adjudicateurs ont suffisamment les moyens d'infliger une sanction au « soumissionnaire irresponsable », par exemple en appliquant les dispositions, exposées ci-dessous, de l'article 23, paragraphe 1, sous d) et g).

94. Le gouvernement espagnol a fait valoir que les règles espagnoles offrent la possibilité aux entrepreneurs étrangers de constituer, dans des conditions identiques à celles qui sont applicables aux entrepreneurs espagnols, deux types de garantie aux fins d'une exécution correcte du marché. Les entreprises peuvent ainsi choisir entre la constitution d'une garantie provisoire ou l'obtention d'un classement au ministère espagnol des Finances. Il en résulte que les entrepreneurs non espagnols peuvent être relevés, de la même manière que les entreprises espagnoles, de l'obligation de constituer une garantie provisoire. En cas d'inexécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs auraient la possibilité de sanctionner cette inexécution, soit en considérant la caution provisoire comme acquise, soit en suspendant le classement. Le gouvernement espagnol a fait valoir que ces deux formes de garantie s'intègrent toutes deux à l'article 16 sous i) de la directive 71/305, qui impose aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation d'inclure dans les avis de procédure ouverte « les indications qui se rapportent aux cautionnements et à toutes autres garanties éventuellement demandées ... sous quelque forme que ce soit ».

Le gouvernement espagnol a observé que les pouvoirs adjudicateurs n'auraient aucune possibilité d'infliger des sanctions efficaces en cas d'inexécution du marché si la dispense de constituer une garantie provisoire était étendue au bénéfice des entrepreneurs non espagnols ayant justifié de leur capacité économique, financière et technique par un moyen autre que le classement.

95. Ainsi qu'il ressort de ce qui précède, le gouvernement espagnol a insisté sur le besoin d'assurer la bonne fin des contrats. Cet objectif sera adéquatement pris en compte par l'exigence d'une caution provisoire, qu'on doit tenir pour autorisée par l'article 16, sous i) de la directive 71/305. Selon nous, l'exigence d'un classement au ministère espagnol des Finances ne donnera pas, à l'inverse, une garantie particulière de bonne fin des marchés conclus. De l'avis du gouvernement espagnol, cette garantie résiderait dans la « menace » de suspendre le classement en cas d'inexécution des marchés, avec les difficultés qui en résulteraient pour se voir ultérieurement attribuer des marchés. Une telle « menace » d'exclusion de futurs appels d'offres existe toutefois indépendamment de la question du classement en Espagne. Ainsi que l'a indiqué la Commission, l'article 23, sous d) et g), de la directive dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure de la participation au marché tout entrepreneur « qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier » ou « qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application du ... chapitre » de la directive relatif aux critères de sélection qualitative. Ces dispositions donnent à tout le moins la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de sanctionner une omission délibérée d'exécuter les marchés conclus — y compris en ce qui concerne les entrepreneurs non espagnols ayant justifié de leur capacité économique, financière et

technique autrement que par un classement — et l'existence de cette possibilité engendre, à notre avis, la même forme de garantie d'exécution des marchés conclus, à savoir une « menace » d'exclusion des adjudications à venir, que le gouvernement espagnol entend susciter à travers l'exigence de classement.

On voit dans ces conditions que l'exigence espagnole de classement au ministère espagnol des Finances en tant que condition de la dispense de constituer une garantie provisoire revient en fait à imposer aux entrepreneurs non espagnols qui ne sont pas classés en Espagne une charge économique particulière [37]. Ainsi que l'a indiqué la Commission, la directive 71/305 accorde cependant aux entrepreneurs le droit de justifier de leur capacité en produisant les moyens de preuve mentionnés aux articles 23 à 26 de la directive 71/305 ou en produisant un certificat de classement dans un autre État membre. On ne saurait exiger que les entrepreneurs soient classés dans l'État membre où se déroule d'adjudication [38]. Il ne saurait donc être compatible avec la directive de lier des charges économiques à un défaut de classement en Espagne.

96. Une charge économique imposée à des entrepreneurs non espagnols qui ne sont pas classés en Espagne constitue une entrave à la libre prestation des services en vertu de l'article 59 du traité. L'argument du gouvernement espagnol concernant le besoin d'assurer la bonne fin des contrats ne saurait, comme nous l'avons dit, être retenu et il ne semble pas qu'on puisse mettre en avant d'autres raisons d'intérêt général pour justifier une règle telle que celle-ci.

97. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 341 du RGCE est incompatible avec la directive 71/305 et l'article 59 du traité.

Dispositions en matière technique

98. La Commission a déposé des conclusions visant à faire déclarer que l'article 244 du RGCE, établissant des règles relatives à des exigences techniques, est contraire à l'article 7 de la directive 77/62.

99. L'article 7, paragraphe 1, de la directive dispose, entre autres, que des spécifications techniques établies dans le cadre de marchés publics de fournitures doivent être définies notamment par référence à des normes appropriées et qu'il convient, dans ce cas, de se rapporter — par ordre de préférence — à des normes communautaires, des normes européennes, des normes internationales, des normes nationales et, finalement, à toute autre norme. La Commission a fait valoir que les règles relatives à l'ordre de préférence n'ont pas été transposées par la disposition litigieuse du RGCE.

100. Le gouvernement espagnol a reconnu que l'ordre de préférence fixé à l'article 7,

37 — En ce qui concerne les entrepreneurs espagnols, il semble que la condition de classement soit obligatoire. Le gouvernement espagnol a ainsi signalé que la condition de classement est obligatoire pour les marchés publics dont la valeur excède 20 Mio PTA et que la possibilité de justifier de sa capacité technique et financière autrement que par le classement ne s'applique pas aux entrepreneurs espagnols. Nous comprenons ces déclarations en ce sens que pour les marchés atteignant ou dépassant le montant précité, ce sont uniquement les entrepreneurs non espagnols qui peuvent choisir entre faire l'objet d'un classement et fournir une garantie provisoire.

38 — Voir l'arrêt de la Cour dans l'affaire Transporoute, points 12 et 13 des motifs.

paragraphe 1, de la directive 77/62 n'a pas été transposé dans la législation espagnole, qui prévoit simplement que les spécifications techniques peuvent être établies par référence à des normes nationales ou internationales. Le gouvernement a toutefois fait observer que l'article 7 a été modifié de manière substantielle par l'article 8 de la directive 88/295, et qu'il serait dans ces conditions inapproprié et déraisonnable d'exiger que la législation espagnole soit adaptée aux dispositions de la directive 77/62, ou que les dispositions de la directive 88/295 soient transposées avant l'expiration du délai de transposition. Le gouvernement a souligné à cet égard que l'Espagne s'était vu accorder un délai supplémentaire pour la transposition de la directive 88/295. Le gouvernement espagnol fait valoir que les conclusions de la Commission en l'espèce ne sont pas compatibles avec l'obligation de faciliter dans la mesure du possible l'accomplissement par les États membres des obligations qui leur incombent en vertu du traité et il renvoie à cet égard à l'article 5 du traité ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour, notamment à l'arrêt du 21 mars 1991, dans l'affaire C-303/88, Italie/Commission [39].

101. Les arguments du gouvernement espagnol ne sauraient être retenus. L'obligation de transposer les directives dans les délais prescrits à cet effet n'est pas affectée par la circonstance que ces directives ont été ultérieurement modifiées et on ne peut pas inférer de l'article 5 du traité sur l'obligation réciproque de coopération loyale entre les États membres et les institutions communautaires, ni de la jurisprudence de la Cour, que la Commission soit habilitée à accorder des dispenses par rapport aux délais de transposition fixés. On doit donc tenir pour établi que l'Espagne a omis de satisfaire aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 77/62, du fait qu'elle n'a pas mis en œuvre l'ordre de préférence imposé par cette disposition dans les délais prévus aux fins de la transposition de la directive.

102. La Commission a en outre fait valoir que l'article 244, paragraphe 2, du RGCE est contraire à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 77/62.

L'article 244, paragraphe 2, dispose entre autres comme suit:

« A moins que l'objet de l'appel d'offres l'exige, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention de produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminées ou de procédures particulières susceptibles de favoriser ou d'éliminer certains soumissionnaires. Si le pouvoir adjudicateur ne peut donner une description de l'objet de l'appel d'offres au moyen d'autres spécifications suffisamment précises et intelligibles pour les intéressés, il pourra mentionner des marques, des licences ou des types, pourvu que ces indications soient assorties de la mention 'ou équivalent' ».

L'article 7, paragraphe 2, de la directive 77/62 est libellé comme suit:

« A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, les États membres interdisent l'introduction, dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, de spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers... Est notamment

39 — Rec. I, p. 1433.

interdite l'indication de marques, brevets ou types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée; toutefois, une telle indication accompagnée de la mention 'ou équivalent' est autorisée lorsque l'objet du marché ne peut pas être décrit autrement au moyen de spécifications suffisamment précises et parfaitement intelligibles pour tous les intéressés ».

103. La Commission a fait valoir à cet égard que l'article 244, paragraphe 2, du RGCE ménage une possibilité d'indiquer « une origine ou une production déterminée », sans que ces indications soient accompagnées de la mention « ou équivalent ».

104. Le gouvernement espagnol a fait valoir que cette disposition institue d'une part une interdiction générale, dont le libellé est à peu près identique à la première phrase de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 77/62 et, d'autre part, une exception, qui diffère de la disposition correspondante de l'article 7, paragraphe 2, en ce sens qu'elle est plus restrictive, puisqu'elle n'autorise pas, pour des spécifications techniques, l'indication d'une origine ou d'une production déterminée, même lorsque ces indications sont accompagnées de la mention « ou équivalent ».

105. Il est clair que l'article 7, paragraphe 2, de la directive interdit tant l'indication d'une *origine déterminée* ou *production déterminée* que l'indication de *marques*, *licences* ou *types*. Il est également clair que toutes ces mentions peuvent être utilisées, si nécessaire, dans certaines conditions précises, et si elles sont accompagnées des termes « ou équivalent ». L'article 244, paragraphe 2, du RGCE évoque au contraire les deux premières indications dans son premier alinéa, et les trois dernières indications dans son dernier alinéa. La disposition devient, de ce fait, obscure. Si on en fait une lecture directe, fondée sur le libellé, on a l'impression qu'il est possible d'indiquer une origine ou une production déterminée, à condition que l'objet de l'appel d'offres le justifie, sans que soit exigée l'adjonction de la mention « ou équivalent », et qu'il est possible d'indiquer des marques, licences ou types, à condition que les pouvoirs adjudicateurs ne puissent donner une description de l'objet de l'appel d'offres au moyen d'autres spécifications et que ces mentions soient accompagnées de la mention « ou équivalent ». Ainsi que nous l'avons mentionné, le gouvernement espagnol fait valoir que cette interprétation est erronée, en ce que cette disposition ne permet nullement d'indiquer l'origine d'une marchandise ou sa production. L'interprétation du gouvernement qui a probablement pour effet de mettre cette disposition en conformité avec la directive, n'est toutefois pas suffisamment certaine, compte tenu du libellé de cette disposition, et on doit donc considérer comme incertain l'état du droit dans ce domaine si bien que cela est en soi contraire aux exigences du droit communautaire visant à la transposition correcte des directives.

106. Pour les raisons qui précèdent, nous proposerons à la Cour de constater que l'article 244 du RGCE est incompatible avec la directive 77/62.

Dispositions sur des critères d'attribution des marchés

107. Dans sa requête, la Commission a déposé des conclusions visant à faire déclarer incompatibles avec le droit communautaire la loi du 24 novembre 1939, rela-

tive à l'organisation et à la protection de l'industrie nationale et l'article 11 du décret royal n° 946/1978 du 14 avril 1978, relatif aux prestations pharmaceutiques. Au cours de la procédure orale, le gouvernement espagnol a signalé que ces dispositions avaient été supprimées. Dans ces conditions, la Commission a retiré ses conclusions.

ce qui concerne l'article 2, paragraphe 8, et l'article 29 bis, paragraphe 1, points 1 et 3 de la LCE, ainsi que l'article 2, paragraphe 8, l'article 24, paragraphe 1, point 1, et l'article 93 ter, points 1 et 3 du RGCE.

En ce qui concerne les dépens

108. Nous sommes ci-dessus parvenu à la conclusion que le recours doit être rejeté en

Compte tenu toutefois de ce qu'il y a lieu, à notre avis, de faire droit à l'essentiel des conclusions déposées par la Commission, nous proposerons à la Cour de condamner l'Espagne aux dépens.

Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, nous proposons à la Cour

de constater que le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30 et 59 du traité CEE ainsi que 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 législation sur les marchés publics, à savoir l'article 2, paragraphe 3, de la loi sur les marchés de l'État et l'article 2, paragraphe 3, 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 l'article 37, paragraphe 1, points 1, 2, 7 et 8 et l'article 87, paragraphe 4, points 1, 2 et 5, de la loi sur les marchés de l'État, l'article 117, paragraphe 1, points 1, 2, 7 et 8 et l'article 247, paragraphe 4, points 1, 2 et 5 du règlement général sur les marchés de l'État, ainsi que l'article 120 du décret législatif sur le régime local,

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

— en maintenant certaines dispositions relatives aux normes techniques, à savoir l'article 244 du règlement général sur les marchés de l'État;

de rejeter le recours pour le surplus, et

de condamner le royaume d'Espagne aux dépens.