

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

12 novembre 2009 (\*)

«Manquement d'État – Marchés publics – Directive 93/38/CEE – Avis de marché – Réalisation d'une étude – Critères d'exclusion automatique – Critères de sélection qualitative et d'attribution»

Dans l'affaire C-199/07,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 12 avril 2007,

Commission des Communautés européennes, représentée par Mme M. Patakia et M. D. Kukovec, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République hellénique, représentée par Mme D. Tsagkaraki, en qualité d'agent, assistée de Me K. Christodoulou, dikigoros, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de la troisième chambre, faisant fonction de président de la quatrième chambre, Mme R. Silva de Lapuerta, MM. E. Juhász (rapporteur), G. Arestis, et J. Malenovský, juges,

avocat général: Mme E. Sharpston,

greffier: Mme L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 10 juillet 2008,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 9 juillet 2009,

rend le présent

Arrêt

1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en introduisant de facto, au détriment des bureaux d'études étrangers, un critère supplémentaire d'exclusion automatique, outre ceux prévus à l'article 31, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199, p. 84), et en omettant d'opérer une distinction dans le concours litigieux entre critères de sélection qualitative et critères d'attribution, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la législation communautaire des marchés publics et, notamment, des articles 4, paragraphe 2, 31, paragraphes 1 et 2, et 34, paragraphe 1, sous a), de cette directive, tels qu'interprétés par la Cour, du principe de reconnaissance mutuelle des qualifications formelles qui régit le droit communautaire des marchés publics, ainsi que des articles 12 CE et 49 CE.

Le cadre juridique

2 L'article 2 de la directive 93/38, dans la version de celle-ci applicable au moment des faits de la présente affaire, disposait:

«1. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2;

[...]

2. Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes:

[...]

c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

[...]»

3 L'article 14, paragraphe 1, sous c), i), de la même directive prévoyait:

«La présente directive s'applique:

[...]

c) aux marchés passés par les entités adjudicatrices qui exercent des activités auxquelles se réfèrent les annexes III, IV, V et VI, lorsque la valeur estimée hors TVA de ces marchés égale ou dépasse:

i) 400 000 [euros] en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services;

[...]»

4 Aux termes de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/38:

«Les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services.»

5 L'article 31 de cette même directive était libellé comme suit:

«1. Les entités adjudicatrices qui sélectionnent les candidats à une procédure de passation de marchés restreinte ou négociée doivent le faire en accord avec les règles et les critères objectifs qu'elles ont définis et qui sont à la disposition des fournisseurs, des entrepreneurs ou des prestataires de services intéressés.

2. Les critères utilisés peuvent inclure ceux d'exclusion énumérés à l'article 23 de la directive 71/305/CEE [du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5)] et à l'article 20 de la directive 77/62/CEE [du Conseil, du

21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1)].

3. Les critères peuvent être fondés sur la nécessité objective, pour l'entité adjudicatrice, de réduire le nombre des candidats à un niveau justifié par la nécessité d'équilibre entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marchés et les moyens que requiert son accomplissement. Le nombre des candidats retenus doit toutefois tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante.»

6 L'article 23 de la directive 71/305 et l'article 20 de la directive 77/62, rédigés de manière identique, énonçaient, sous leur titre IV, chapitre 1, intitulé «Critères de sélection qualitative», des cas dans lesquels la participation des entrepreneurs aux marchés pouvait être exclue. Ces cas concernaient soit la situation personnelle de l'entrepreneur, à savoir la faillite, la liquidation, la cessation d'activités, le règlement judiciaire ou les condamnations prononcées par un jugement, soit le comportement de l'entrepreneur, à savoir la faute grave en matière professionnelle, le non-accomplissement de ses obligations concernant les cotisations de sécurité sociale et les impôts ou les fausses déclarations.

7 Ces deux articles ont été repris respectivement aux articles 24 et 20 des directives 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), et 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), qui ont procédé à la codification des directives 71/305 et 77/62.

8 L'article 34, paragraphe 1, de la directive 93/38 disposait:

«1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont:

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix;

b) soit uniquement le prix le plus bas.»

9 Enfin, l'article 2, paragraphe 6, de la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14), dans sa version applicable au moment des faits de la présente affaire, sous l'intitulé «Exigences en matière de procédures de recours», était libellé comme suit:

«Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur un contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national. En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion d'un contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.»

10 Le libellé de ladite disposition est pratiquement identique à celui de l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992 (JO L 209, p. 1).

#### L'avis de marché litigieux et la procédure précontentieuse

11 Dans la présente affaire, les griefs de la Commission visent certains termes et certaines conditions figurant dans un avis de marché diffusé par ERGA OSE AE (ci-après «ERGA OSE»), entreprise publique appartenant à l'organisme hellénique de chemins de fer. Cet avis portait sur la réalisation d'une étude concernant des projets immobiliers et électromécaniques dans le cadre de la construction d'une station ferroviaire.

12 L'avis de marché litigieux, portant les numéros 2003/S 205-185214 et 2003/S 206-186119, a été publié le 16 octobre 2003. Les termes et conditions de cet avis étaient fondés sur la réglementation nationale alors en vigueur, à savoir la loi 716 de 1977.

13 Aux fins de l'examen du présent recours, les termes pertinents de l'avis de marché litigieux sont les suivants:

«Section III: Informations de nature juridique, économique, financière et technique

[...]

2.1) Informations concernant la situation personnelle des [...] prestataires de services et les formalités nécessaires pour l'appréciation de leur capacité minimale de nature économique et technique:

[...]

2.1.3) Capacité technique – Pièces justificatives requises: A. seront acceptées les manifestations d'intérêt soumises par:

a) des bureaux d'études grecs, qui sont inscrits au registre national correspondant et possèdent un diplôme:

[...]

b) des bureaux d'études étrangers, qui sont constitués conformément à la législation d'un État membre de l'Union européenne ou de l'[Espace économique européen (EEE)] et ont leur administration centrale, leur établissement principal ou leur siège statutaire à l'intérieur de l'Union européenne ou de l'EEE [...]. Les concepteurs étrangers doivent posséder des qualifications formelles et substantielles pour chaque catégorie d'études correspondant aux qualifications requises pour les concepteurs grecs qui sont inscrits au registre grec des concepteurs, et les bureaux d'études doivent avoir des effectifs scientifiques pour chaque catégorie d'études correspondant aux effectifs requis pour les bureaux d'études grecs [...]

Il est signalé que des bureaux d'études et/ou des concepteurs étrangers qui ont introduit une demande de manifestation d'intérêt pour des concours d'[ERGA OSE] pendant les six mois précédant la date de manifestation d'intérêt pour le présent concours et qui avaient déclaré des qualifications

correspondant à des catégories de diplômes différentes de celles qui sont actuellement demandées ne seront pas acceptés.

[...]

#### Section IV: Procédure

##### IV. 1) Nature de la procédure: ouverte

[...]

##### IV. 2) Critères d'attribution:

L'offre économiquement la plus avantageuse, conformément aux critères cités par la suite [...]:

Compte tenu de l'article 34, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38, le choix de l'adjudicataire est effectué conformément [...] aux critères suivants:

1. L'expérience spécifique et générale et, notamment, les études effectivement réalisées, sur des sujets similaires, soit par les concepteurs, soit par les bureaux d'études et les effectifs scientifiques y appartenant.

2. La capacité réelle d'effectuer l'étude dans le délai prévu, en combinaison avec les obligations qu'ils ont assumées en ce qui concerne la réalisation d'autres études, les effectifs scientifiques et l'équipe de travail proposée concrètement pour l'étude en question, ainsi que l'équipement en relation avec l'objet de l'étude,

par ordre de priorité: non.

[...]»

14 Conformément au système hellénique, les diplômes des bureaux d'études et des concepteurs sont classés en catégories suivant l'expérience ainsi que les études effectuées et sont inscrits à des registres correspondant à cette expérience. Les bureaux d'études et les concepteurs étrangers ne sont pas obligés d'être inscrits à ces registres. Pour chaque marché sont demandées des catégories concrètes de diplômes, suivant l'expérience requise pour ce marché.

15 La loi 716 de 1977 a été abrogée et remplacée par la loi 3316 de 2005.

16 À la suite d'une plainte, la Commission a adressé, le 28 juin 2005, une lettre aux autorités helléniques compétentes, en soulignant que certains des termes de l'avis de marché litigieux contrevenaient à certaines dispositions de la directive 93/38 et au principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Les autorités helléniques ont répondu par lettre du 22 juillet 2005. Après examen de cette réponse, la Commission a, le 18 octobre 2005, adressé une lettre de mise en demeure à la République hellénique. Les deux griefs énoncés dans cette lettre concernaient, d'une part, la discrimination au détriment des bureaux d'études et des concepteurs étrangers en raison de la formulation de la section III, point 2.1.3, sous b), second alinéa, de l'avis de marché litigieux, et, d'autre part, l'absence de distinction entre critères de sélection et critères d'attribution à la section IV, point 2, du même avis.

17 La réponse des autorités helléniques, du 14 décembre 2005, à cette lettre de mise en demeure n'ayant pas été considérée comme satisfaisante par la Commission, celle-ci a, le 4 juillet 2006,

adressé un avis motivé à la République hellénique auquel cette dernière a répondu par lettre du 30 août suivant. N'ayant pas été convaincue par cette réponse, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Sur le recours

Sur la recevabilité

18 La République hellénique soulève une exception d'irrecevabilité du recours.

19 Elle fait observer, en premier lieu, que la loi 716 de 1977, qui constituait le fondement de l'avis de marché litigieux, a été abrogée par une nouvelle loi avant la date d'expiration du délai imparti dans l'avis motivé, à savoir avant le moment qui constitue la limite temporelle en fonction de laquelle est appréciée l'existence d'un manquement. Les avis de marché lancés sur le fondement de cette nouvelle loi ne contiendraient plus de clauses telles que celles litigieuses en l'occurrence. Or, la procédure en constatation de manquement viserait non pas à stigmatiser un État membre, mais à permettre à celui-ci d'élaborer une réglementation conforme au droit communautaire, objectif qui serait désormais atteint par la loi 3316 de 2005.

20 En second lieu, la République hellénique fait valoir, en substance, que l'article 2, paragraphe 6, de la directive 92/13 a été transposé en droit hellénique par l'article 4, paragraphe 2, de la loi 2252 de 1997, suivant lequel, après la conclusion du marché, celui-ci ne peut plus être mis en cause. Dès lors, l'annulation a posteriori du contrat conclu sur le fondement de l'avis de marché litigieux, qui constitue un marché instantané dans la mesure où il porte sur l'élaboration d'une étude, serait exclue, et ce d'autant plus que l'attribution de ce marché aurait été confirmée par trois décisions juridictionnelles au niveau national, rendues dans le cadre de procédures en référé. La République hellénique laisse ainsi entendre, en fait, que le recours de la Commission est devenu sans objet.

21 Cette argumentation ne saurait être suivie.

22 En effet, il y a lieu de relever, d'une part, que, ainsi qu'il ressort tant de la requête que du mémoire en réplique de la Commission et comme cette dernière l'a confirmé lors de l'audience devant la Cour, le recours ne vise pas une transposition incomplète ou incorrecte de la directive 93/38 en droit national ni même une pratique administrative constante, fondée sur la loi 716 de 1977, non conforme à cette directive, mais concerne l'application irrégulière de celle-ci dans la procédure de passation du marché en cause.

23 Or, la Commission est seule compétente pour décider s'il est opportun d'engager une procédure en constatation de manquement et en raison de quel agissement ou omission imputable à l'État membre concerné cette procédure doit être introduite. Elle peut donc demander à la Cour de constater un manquement qui consisterait à ne pas avoir atteint, dans un cas déterminé, le résultat visé par une directive (arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 30 et jurisprudence citée). Dès lors, l'abrogation de la loi 716 de 1977 et l'adoption d'une nouvelle loi avant l'expiration du délai imparti dans l'avis motivé ne rend pas sans objet le présent recours.

24 D'autre part, il importe de souligner que, conformément à la jurisprudence de la Cour, l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665, dont le contenu est identique à celui de l'article 2, paragraphe 6, de la directive 92/13, ne saurait avoir d'incidence sur un recours exercé au titre de l'article 226 CE (arrêt du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04, Rec. p. I-6153, point 34). En effet, lesdites directives, en obligeant les États membres à prendre les mesures nécessaires pour

assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces, ne sauraient être considérées comme réglant également la relation entre les États membres et la Communauté et affecter ainsi l'application de l'article 226 CE (voir, en ce sens, arrêt du 15 octobre 2009, *Commission/Allemagne*, C-275/08, points 33 et 35).

25 En tout état de cause, le fait que, éventuellement, le contrat litigieux ne pourrait plus être annulé ne rend pas sans objet la procédure en manquement.

26 En outre, il convient de constater que, à la date d'expiration du délai de deux mois fixé dans l'avis motivé, à savoir le 4 septembre 2006, le marché en cause n'avait pas épuisé tous ses effets, alors qu'un tel épuisement constitue la condition exigée par la jurisprudence constante de la Cour pour que le recours de la Commission soit considéré comme irrecevable (voir, notamment, arrêts du 2 juin 2005, *Commission/Grèce*, C-394/02, Rec. p. I-4713, point 18 et jurisprudence citée, ainsi que du 11 octobre 2007, *Commission/Grèce*, C-237/05, Rec. p. I-8203, point 29).

27 En effet, il ressort du dossier de l'affaire que le marché en cause était constitué de deux études, devant être effectuées par l'adjudicataire. Nonobstant le fait que, ainsi que le prétend la République hellénique, la première étude constituait éventuellement la prémisse de la seconde, il n'est pas contesté que celles-ci formaient un tout en vue de l'exécution des obligations de l'adjudicataire. Or, selon les dires mêmes de la République hellénique lors de l'audience devant la Cour, la seconde étude n'avait pas encore été achevée et, par conséquent, rendue au pouvoir adjudicateur au 4 septembre 2006. Dès lors, à cette date, le marché en cause n'avait pas épuisé tous ses effets.

28 Par suite des considérations qui précèdent, il convient de conclure que le recours de la Commission est recevable.

Sur le fond

29 À titre liminaire, il y a lieu de préciser que, comme il ressort du dossier de l'affaire, ERGA OSE est une entreprise publique dont l'activité vise à exploiter des réseaux de fourniture de services publics dans le domaine des transports ferroviaires. Elle constitue donc une entité adjudicatrice au sens de l'article 2, paragraphes 1, sous a), et 2, sous c), de la directive 93/38. En outre, la valeur estimée du marché sur lequel porte l'avis de marché litigieux est de 3 240 000 euros et dépasse donc considérablement le seuil fixé à l'article 14, paragraphe 1, sous c), i), de la même directive. Par conséquent, la procédure d'attribution du marché en cause relève du champ d'application de ladite directive.

30 Les griefs formulés dans le présent recours visent, d'une part, la clause figurant à la section III, point 2.1.3, sous b), second alinéa, de l'avis de marché litigieux et, d'autre part, la section IV, point 2, dudit avis.

Sur la clause figurant à la section III, point 2.1.3, sous b), second alinéa, de l'avis de marché litigieux

31 La Commission soutient que la clause figurant à la section III, point 2.1.3, sous b), second alinéa, de l'avis de marché litigieux – selon laquelle les bureaux d'études ou les concepteurs étrangers ayant manifesté leur intérêt pour des concours lancés par ERGA OSE dans les six mois précédant la date de manifestation d'intérêt pour le concours faisant l'objet dudit avis, et qui avaient déclaré des qualifications correspondant à des catégories de diplômes différentes de celles qui sont requises pour ce concours, ne seront pas acceptés – méconnaît l'article 31, paragraphes 1 et 2, de la même directive, en ce qu'elle prévoirait une cause supplémentaire d'exclusion par rapport à celles limitativement autorisées par le droit communautaire en matière de marchés publics. Ladite clause

introduirait également une discrimination à l'encontre des bureaux d'études et des concepteurs étrangers, en violation du principe d'égalité de traitement énoncé à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/38 et découlant des articles 12 CE et 49 CE. Elle méconnaîtrait aussi le principe de reconnaissance mutuelle des diplômes et des autres preuves de qualification formelle.

32 À titre liminaire, il convient de souligner que la Commission ne met pas en cause le système hellénique de classification des diplômes des bureaux d'études et des concepteurs en catégories, compte tenu de leur expérience et des études effectuées, ni l'inscription de ceux-ci à des registres correspondant à cette expérience. Elle ne conteste pas non plus que les États membres sont autorisés à demander des preuves de cette expérience ni le fait que les bureaux d'études et les concepteurs étrangers ne sont pas obligés d'être inscrits à ces registres et qu'ils peuvent prouver leur expérience par tous moyens.

33 Cette précision liminaire étant faite, il importe de relever, en premier lieu, que la procédure concernée par l'avis de marché litigieux était une procédure ouverte. Or, questionnée à ce sujet lors de l'audience, la Commission a admis que l'article 31 de la directive 93/38 posait problème sur le point de savoir s'il était applicable aux procédures de cette nature, eu égard au fait que, à son paragraphe 1, il vise explicitement les procédures restreintes et les procédures négociées, et non les procédures ouvertes. Elle a précisé à cette occasion que son grief essentiel à l'égard de la clause litigieuse est tiré d'une violation de l'article 4, paragraphe 2, de ladite directive.

34 Dans ces conditions, il convient de considérer que la Commission a renoncé à son grief tiré d'une violation, par ladite clause, de l'article 31 de la directive 93/38.

35 En deuxième lieu, il convient de constater que ladite clause, formulée en des termes clairs et non équivoques, doit être comprise en ce sens que, si un bureau d'études ou un concepteur étrangers avait participé à une procédure lancée par la même entité adjudicatrice, à savoir ERGA OSE, au cours des six mois précédant le nouvel appel d'offres et si, dans le cadre de la procédure précédente, il avait déclaré des qualifications correspondant à des catégories de diplômes différentes de celles requises pour la nouvelle procédure, conformément au système hellénique de classification des diplômes, il ne serait pas admis à participer à cette nouvelle procédure.

36 La République hellénique fait toutefois valoir que cette clause a toujours été appliquée en ce sens que tout opérateur intéressé, ayant des doutes quant à la portée de celle-ci, pouvait demander des éclaircissements à l'entité adjudicatrice concernée et était autorisé à apporter la preuve, par tout moyen approprié, qu'il remplissait les conditions pour participer à la procédure en question.

37 Il y a lieu de relever à cet égard que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, le principe d'égalité de traitement implique le principe de transparence. Ces principes, qui constituent la base des directives communautaires en matière de marchés publics, signifient notamment que les soumissionnaires, mêmes potentiels, doivent se trouver de manière générale sur un pied d'égalité et disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Rec. p. I-11617, point 93, et du 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, non encore publié au Recueil, points 44 et 45 ainsi que jurisprudence citée).

38 En particulier, les intéressés potentiels doivent se trouver en situation d'égalité quant à la portée des informations contenues dans un avis de marché. Il ne serait pas conforme à ces principes qu'une catégorie de ces intéressés doive s'adresser à l'entité adjudicatrice concernée afin d'obtenir des éclaircissements et des informations supplémentaires sur le sens réel du contenu d'un avis de marché, dès lors que la formulation de ce dernier ne laisse aucun doute à l'égard d'un intéressé raisonnablement avisé et diligent.

39 En outre, la Cour a jugé que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/38, en interdisant toute discrimination entre les soumissionnaires, protège également ceux qui ont été dissuadés de soumissionner, parce qu'ils ont été désavantagés par les modalités de la procédure suivie par une entité adjudicatrice (arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, Rec. p. I-8315, point 109).

40 Il ne saurait être contesté que la clause litigieuse, par sa formulation claire, est susceptible d'avoir un effet dissuasif pour les bureaux d'études et les concepteurs étrangers, comme cela a d'ailleurs été le cas en l'occurrence.

41 En effet, ladite clause donne clairement à penser à ceux-ci qu'une différence éventuelle entre les qualifications déclarées lors d'une précédente procédure lancée par la même entité adjudicatrice et les qualifications requises pour la procédure concernée par l'avis de marché litigieux a pour effet automatique de les exclure de la participation à ce marché.

42 Par conséquent, un candidat étranger tel que l'auteur de la plainte déposée devant la Commission ne dispose pas des mêmes chances que les intéressés non étrangers, en raison de la formulation dissuasive non équivoque de ladite clause, et de la nécessité de procéder, en dépit de cette formulation, à des démarches supplémentaires afin d'obtenir des éclaircissements sur les conditions d'admission à la procédure du concours.

43 Il convient ainsi de constater que la manière dont est libellé l'avis de marché litigieux engendre une différence de traitement en raison de l'État membre d'établissement de l'intéressé, au détriment des candidats étrangers, différence à l'égard de laquelle la République hellénique n'a apporté aucune justification.

44 En troisième lieu, il convient de relever que, aux termes du trente-quatrième considérant de la directive 93/38, «les règles communautaires en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats ou autres preuves de qualification formelle sont applicables lorsqu'il est nécessaire de fournir des preuves d'une qualification donnée pour pouvoir participer à une procédure de passation de marchés ou à un concours».

45 En l'occurrence, il ressort, certes, du libellé de la clause contenue à la section III, point 2.1.3, sous b), second alinéa, de l'avis de marché litigieux que les candidats étrangers s'étant antérieurement manifestés pour d'autres avis de marché lancés par la même entité adjudicatrice ne disposent apparemment pas, à la différence des candidats nationaux, de la possibilité de se prévaloir auprès de ladite entité de tous leurs diplômes ou qualifications professionnelles.

46 En revanche, ladite clause, telle qu'elle est libellée, ne permet pas d'affirmer que cette entité refuserait par principe de tenir compte de diplômes ou d'éléments de qualification professionnelle délivrés par un autre État membre.

47 Il s'ensuit que le grief de la Commission relatif à une violation des règles communautaires de reconnaissance mutuelle des preuves de qualification formelle n'est pas fondé.

48 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de conclure que la clause litigieuse n'est pas conforme à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/38.

49 Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres allégations de la Commission qui visent également à la constatation d'un tel traitement discriminatoire.

Sur la section IV, point 2, de l'avis de marché litigieux

50 La Commission soutient que le point 2 de la section IV de l'avis de marché litigieux, intitulé «Critères d'attribution», opère une confusion non admissible entre critères de sélection qualitative des soumissionnaires et critères d'attribution du marché. Elle fait valoir que la directive 93/38 instaure un système analogue à celui établi par la directive 92/50, suivant lequel il conviendrait de distinguer entre deux phases de la procédure, la première comportant l'établissement des critères de sélection des soumissionnaires et la seconde consistant en la fixation de critères d'attribution du marché. Il y aurait ainsi deux étapes séparées de la procédure d'adjudication qui répondraient à des objectifs différents, bien qu'il ne soit pas interdit, selon la Commission, de procéder simultanément au contrôle de l'aptitude des candidats et à l'attribution du marché.

51 À cet égard, il ressort de la jurisprudence que, si les directives communautaires en matière de marchés publics n'excluent pas, en théorie, que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément, il n'en demeure pas moins que ces deux opérations sont distinctes et qu'elles sont régies par des règles différentes (voir, par analogie, arrêts du 20 septembre 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec. p. 4635, points 15 et 16, ainsi que du 24 janvier 2008, *Lianakis e.a.*, C-532/06, Rec. p. I-251, point 26).

52 La vérification de l'aptitude des soumissionnaires est, en effet, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères de capacité économique, financière et technique (dits «critères de sélection qualitative») visés, en l'occurrence, aux articles 30 et 31 de la directive 93/38 (voir, par analogie, arrêts précités *Beentjes*, point 17, et *Lianakis e.a.*, point 27).

53 En revanche, l'attribution du marché se fonde sur les critères énumérés, en l'occurrence, à l'article 34, paragraphe 1, de cette même directive, à savoir soit le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse (voir, par analogie, arrêts précités *Beentjes*, point 18, et *Lianakis e.a.*, point 28).

54 Or, s'il est vrai que, dans ce dernier cas, ainsi que l'atteste l'emploi de l'expression «par exemple», les critères pouvant être retenus par les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas énumérés de manière limitative à l'article 34, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38 et que cette disposition laisse donc aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, il n'en reste pas moins que ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (voir, par analogie, arrêts *Beentjes*, précité, point 19; du 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, points 35 et 36; du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, points 54 et 59; du 19 juin 2003, *GAT*, C-315/01, Rec. p. I-6351, points 63 et 64, ainsi que *Lianakis e.a.*, précité, point 29).

55 Partant, sont exclus à titre de «critères d'attribution» des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question (voir, par analogie, arrêt *Lianakis e.a.*, précité, point 30).

56 Dans la présente affaire, les critères retenus par le pouvoir adjudicateur à titre de «critères d'attribution», à la section IV, point 2, de l'avis de marché litigieux, portent sur l'expérience et la capacité réelle à garantir une bonne exécution du marché en question. Il s'agit de critères qui concernent l'aptitude des soumissionnaires à exécuter ce marché et qui n'ont donc pas la qualité de «critères d'attribution», au sens de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 93/38, ce que les autorités helléniques n'ont, d'ailleurs, pas sérieusement contesté.

57 Au vu de ce qui précède, il convient de conclure que le point 2 de la section IV de l'avis de marché litigieux n'est pas conforme à l'article 34, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38.

58 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de constater que, en raison, d'une part, de l'exclusion, en vertu de la section III, point 2.1.3, sous b), second alinéa, de l'avis de marché litigieux, des bureaux d'études et des concepteurs étrangers ayant manifesté leur intérêt pour des concours lancés par ERGA OSE dans les six mois précédant la date de manifestation d'intérêt pour le concours faisant l'objet dudit avis, et qui avaient déclaré des qualifications correspondant à des catégories de diplômes différentes de celles qui sont requises pour ce concours, et en raison, d'autre part, de l'absence de distinction, à la section IV, point 2, dudit avis, entre critères de sélection qualitative et critères d'attribution du marché en cause, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 4, paragraphe 2, et 34, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38.

59 Le recours doit être rejeté pour le surplus.

#### Sur les dépens

60 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Conformément au paragraphe 3, premier alinéa, du même article, la Cour peut cependant répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs. La Commission et la République hellénique ayant chacune partiellement succombé en leurs moyens, il y a lieu de décider qu'elles supportent leurs propres dépens.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) déclare et arrête:

1) En raison, d'une part, de l'exclusion, en vertu de la section III, point 2.1.3, sous b), second alinéa, de l'avis de marché diffusé par ERGA OSE AE le 16 octobre 2003, portant les numéros 2003/S 205-185214 et 2003/S 206-186119, des bureaux d'études et des concepteurs étrangers ayant manifesté leur intérêt pour des concours lancés par ERGA OSE AE dans les six mois précédant la date de manifestation d'intérêt pour le concours faisant l'objet dudit avis, et qui avaient déclaré des qualifications correspondant à des catégories de diplômes différentes de celles qui sont requises pour ce concours, et en raison, d'autre part, de l'absence de distinction, à la section IV, point 2, du même avis, entre critères de sélection qualitative et critères d'attribution du marché en cause, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 4, paragraphe 2, et 34, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) La Commission des Communautés européennes et la République hellénique supportent chacune leurs propres dépens.

Signatures

\* Langue de procédure: le grec.