

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} JULIANE KOKOTT
présentées le 29 avril 2004¹

I — Introduction

1. Le présent litige a trait à une procédure en manquement dans laquelle la Commission des Communautés européennes reproche à la République italienne de ne pas avoir respecté la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux², lors de la passation de trois marchés publics de travaux.

2. En l'occurrence, il s'agit de déterminer en substance si et à quelles conditions il est permis de recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché en cas de réalisation de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires antérieurs. À cet effet, la directive 93/37 fixe un délai de trois ans dont le mode de calcul est l'élément essentiel de la présente procédure en manquement. Pour justifier le mode de calcul qu'elle a retenu, la République italienne invoque une erreur excusable.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 199, p. 54.

II — Cadre juridique

3. Le cadre juridique de la présente procédure est défini à l'article 7, paragraphes 3 et 4, de la directive 93/37. Ces dispositions sont ainsi rédigées (extraits):

«3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis de marché, dans les cas suivants:

[...]

- b) pour les travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé;
- c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes,

restreintes ou négociées visées au paragraphe 2. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

travaux en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.»

4. Les deux premiers considérants du préambule de la directive 93/37 énoncent:

[...]

- e) pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon les procédures visées au paragraphe 4.

La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 6. Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

4. Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de

«considérant que la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [...], a été modifiée à plusieurs reprises et de façon substantielle; qu'il convient, dans un souci de clarté et de rationalité, de procéder à la codification de ladite directive; considérant que la réalisation simultanée de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux, conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public, comporte, parallèlement à l'élimination des restrictions, une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux».

5. Le huitième considérant de cette même directive est ainsi rédigé:

«considérant que la procédure négociée doit être considérée comme exceptionnelle et qu'elle ne doit donc être appliquée que dans ces cas limitativement énumérés».

6. Il est dit dans la première phrase du dixième considérant de cette directive: — travaux d'écrêtement des crues du torrent Terdoppio — canal Scolmatore, au sud-ouest de Cerano.

«considérant que le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des États membres».

8. La valeur de ces lots, de 37, 21 et 19,5 milliards de ITL respectivement, était sans conteste supérieure au seuil de 5 millions d'écus fixé à l'article 6 de la directive 93/37.

III — Les faits et la procédure précontentieuse

7. En 1997, le magistrat du Pô de Parme, organe local du ministère des Travaux publics (devenu ministère des Infrastructures et des Transports), a passé trois marchés publics de travaux³. Il s'agissait de lots complémentaires pour les projets suivants dans le cadre de la protection contre les crues:

9. L'exécution des travaux a été confiée aux mêmes entreprises que celles qui avaient emporté les marchés antérieurs dans les années 80 selon la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché. Ces lots antérieurs portaient sur:

- travaux d'achèvement de la construction d'un bassin de retenue des crues du torrent Parme, dans la localité de Marano (commune de Parme);
- un marché concernant le torrent Parme, par contrat du 22 décembre 1988;
- travaux d'aménagement et d'achèvement d'un bassin de retenue des crues du torrent Enza;
- un marché concernant le torrent Enza, par contrat du 26 octobre 1982;

3 — Le magistrat du Pô de Parme a approuvé les contrats correspondants par décrets n° 11414 et 11416, du 9 octobre 1997, et n° 11678, du 15 octobre 1997.

- un marché concernant le torrent Terdoppio, par contrat du 20 mai 1988.

10. Par lettre du 27 septembre 2000, la Commission a demandé aux autorités italiennes des renseignements détaillés sur la procédure suivie pour attribuer les trois derniers lots de 1997. Dans leur réponse du 19 octobre 2000, les autorités italiennes ont expliqué qu'elles ont mis en œuvre la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37, parce que les lots en question consistaient dans la répétition d'ouvrages similaires confiés par le même pouvoir adjudicateur aux entreprises qui avaient déjà obtenu le premier marché et conformes à un projet de base ayant fait l'objet du premier marché, lequel avait été attribué selon la procédure visée à l'article 7, paragraphe 4, de la directive. En outre, la possibilité de recourir ultérieurement à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché aurait été indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux pris en considération. Enfin, la procédure négociée aurait été mise en œuvre dans le délai prescrit de trois ans à compter de la conclusion du marché initial, délai qui n'aurait commencé à courir qu'à partir de la date de réception des travaux relatifs à ce marché.

11. En réponse à la mise en demeure de la Commission du 23 avril 2001 par laquelle celle-ci rejetait le point de vue des autorités italiennes quant aux modalités de calcul du délai de trois ans, la République italienne a, pour l'essentiel, confirmé sa position par lettres du 8 juin 2001 et du 17 décembre 2001.

12. L'avis motivé de la Commission du 21 décembre 2001 étant resté sans réponse, cette dernière a introduit, le 28 octobre 2002, le présent recours contre la République italienne en application de l'article 226, second alinéa, CE.

IV — Conclusions des parties

13. La Commission demande à ce qu'il plaise à la Cour:

- constater que, le magistrat du Pô de Parme, organe local du ministère des Travaux publics (devenu ministère des Infrastructures et des Transports), ayant attribué les marchés portant sur les lots complémentaires relatifs aux travaux d'achèvement de la construction d'un bassin de retenue des crues du torrent Parme, dans la localité de Marano (commune de Parme), aux travaux d'aménagement et d'achèvement d'un bassin de retenue des crues du torrent Enza et aux travaux d'écrêtement des crues du torrent Terdoppio — canal Scolmatore, au sud-ouest de Cerano, en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché alors que les conditions n'en étaient pas réunies, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/37/CEE, et notamment de son article 7, paragraphe 3;

— condamner la République italienne aux dépens.

14. La République italienne ne conclut pas expressément au rejet du recours. Sans préjudice de l'interprétation de l'article 7, paragraphe 3, de la directive 93/37, elle demande toutefois à la Cour de considérer que le gouvernement italien a commis une erreur excusable imputable à la version italienne de cette disposition.

V — Appréciation

A — Recevabilité

15. Selon une jurisprudence constante, la Commission n'a pas à démontrer l'existence d'un intérêt spécifique à agir dans le cadre de l'exercice des compétences qu'elle tient de l'article 226 CE. En effet, cette disposition ne vise pas à protéger les droits propres de la Commission. En vertu de son rôle de gardienne des traités, celle-ci a plutôt pour mission, dans l'intérêt général communautaire, de veiller à l'application, par les États membres, du droit communautaire et de faire constater, en vue de leur cessation, l'existence de manquements éventuels. Eu égard à ce rôle, la Commission est seule compétente pour décider s'il est opportun d'engager une procédure en manquement, et pour quelle action ou omission cette pro-

cédure doit être introduite. Même lorsque la législation nationale d'un État membre semble conforme au droit communautaire, la Commission peut demander à la Cour de constater un manquement qui consisterait à avoir méconnu, dans un cas déterminé, les prescriptions du droit communautaire et, partant, à ne pas avoir atteint le résultat visé par une directive⁴.

16. Il est vrai que, lorsqu'un recours est introduit sur le fondement de l'article 226 CE, l'objet du litige est défini par l'avis motivé de la Commission. Un tel recours est irrecevable parce que la raison qui le sous-tendait a disparu dans la mesure où il a été mis fin au manquement invoqué avant l'expiration du délai fixé par la Commission⁵. Dans ce cas en effet, la procédure en manquement a atteint son but dès le stade de la procédure précontentieuse.

17. Toutefois, comme le gouvernement italien le concède lui-même, il n'a entrepris aucune démarche dans la présente affaire pour éliminer les effets d'éventuels manquements liés aux trois marchés publics de

4 — Voir arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne (C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, points 29 et 30, avec d'autres références).

5 — Jurisprudence constante; voir, par exemple, arrêts du 29 janvier 2004, Commission/Autriche (C-209/02, Rec. p. I-1211, points 16 à 18, avec d'autres références), et Commission/Allemagne, précité (note 4), points 32 et suiv., avec d'autres références. Certes, la jurisprudence antérieure emploie encore de temps à autre, dans ce contexte, la notion d'«intérêt» («Rechtsschutzinteresse»), mais avec le même résultat: voir arrêt du 24 mars 1988, Commission/Grèce (240/86, Rec. p. 1835, points 14 à 16).

travaux visés par la Commission. Il expose à cet égard que d'autres procédures d'attribution de marchés ont été annulées mais que, en raison de contraintes techniques et de risques pour la sécurité publique, il n'a pas été possible de résilier les marchés en cause en l'espèce.

18. Bien que la législation en matière de marchés publics n'oblige pas les États membres à mettre fin aux contrats conclus antérieurement, l'attribution d'un marché en violation de la directive applicable ne saurait être conforme au droit communautaire⁶. Au demeurant, il est conforme au sens et à la finalité tant de la procédure en manquement que des directives en matière de passation des marchés que la Commission puisse demander au juge communautaire, dans un cas déterminé, de contrôler a posteriori le respect des règles régissant les marchés publics. En effet, au-delà du cas d'espèce, on peut déduire d'une condamnation que l'État membre concerné en tant que destinataire de la directive n'a pas tout fait pour en assurer l'exécution⁷.

19. Certes, le gouvernement italien soutient que, à la suite de l'évolution récente de la législation nationale relative à l'attribution des marchés de travaux publics, il ne se base plus que sur des critères concurrentiels, de sorte que les circonstances qui ont conduit à la présente procédure en manquement ne pourraient plus se reproduire.

20. Toutefois, il ne suffit pas de relever que les procédures de passation de marchés sont désormais exécutées selon des critères concurrentiels pour exclure à l'avenir des erreurs procédurales. En effet, comme la Commission l'explique à juste titre, il est tout à fait possible que l'erreur d'interprétation invoquée en ce qui concerne le délai de trois ans soit commise également par d'autres pouvoirs adjudicateurs en Italie, d'autant plus que le cercle des adjudicateurs potentiels s'est sensiblement agrandi du fait d'un transfert de compétences aux collectivités régionales et locales.

21. En raison de ce risque de répétition aussi⁸, le recours doit être jugé recevable.

B — *Bien-fondé du recours*

22. Le recours de la Commission est fondé si la République italienne a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu du traité (article 228, paragraphe 1, CE). L'obligation d'exécuter la directive 93/37, dont la Commission reproche la violation à la République italienne, découle des dispositions combinées des articles 10, premier alinéa, CE et 249, troisième alinéa, CE.

6 — Arrêt Commission/Allemagne, précité (note 4), point 39.

7 — En ce sens, l'avocat général Geelhoed dans ses conclusions dans l'affaire Commission/Allemagne, précitée (note 4), en particulier les points 50, 53 et 54.

8 — Sur ce point, voir par exemple arrêt du 9 juillet 1970, Commission/France (26/69, Rec. p. 565, points 12 et 13), et conclusions de l'avocat général Lenz du 13 janvier 1988 dans l'affaire Commission/Grèce, précitée (note 5), point 13.

1) Violation de la directive 93/37

23. Les trois marchés publics de travaux en cause de 1997 ont été passés en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché. Or, l'article 7, paragraphe 4, de la directive 93/37 prescrit que les marchés publics de travaux *ne peuvent pas* en principe être attribués selon la procédure négociée, mais uniquement en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. La procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché ne peut être retenue que dans des cas exceptionnels⁹ limitativement définis à l'article 7, paragraphe 3, de la directive¹⁰. En l'espèce, une procédure négociée n'aurait été envisageable que sur la base de l'article 7, paragraphe 3, sous b), c) ou e), dont l'applicabilité sera examinée ci-après.

a) Recours à la procédure négociée pour des raisons techniques en application de l'article 7, paragraphe 3, sous b), de la directive 93/37

24. Le gouvernement italien invoque en premier lieu des raisons techniques qui auraient imposé l'attribution des trois marchés de travaux en cause aux entreprises auxquelles ces travaux avaient déjà été

confiés jusque-là. C'est pourquoi on pourrait envisager de prime abord l'application de l'article 7, paragraphe 3, sous b), de la directive 93/37.

25. Toutefois, il découle de son libellé que cette disposition ne s'applique que pour les travaux dont l'exécution «*ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé*»¹¹. Selon la jurisprudence de la Cour, il s'agit d'une dérogation qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte et qui ne joue donc que s'il existe des circonstances exceptionnelles¹².

26. En particulier, l'applicabilité de l'article 7, paragraphe 3, sous b), de la directive 93/37 ne saurait découler du seul fait que le pouvoir adjudicateur juge opportune l'attribution d'un marché complémentaire à son contractant habituel ou qu'il invoque de manière stéréotypée des contraintes techniques non exposées de manière circonstanciée. Au contraire, il doit expliquer de manière détaillée pourquoi des raisons techniques s'opposaient impérativement, dans un cas donné, à l'attribution de ce marché à

11 — C'est nous qui soulignons.

12 — Arrêt du 18 mai 1995, Commission/Italie (C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23). Bien que cet arrêt n'ait traité qu'à l'article 9, sous b), 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), cette disposition est rédigée en termes sensiblement identiques à ceux de l'article 7, paragraphe 3, sous b), de la directive 93/37, dont l'interprétation est en cause ici. Voir, également, l'arrêt du 28 mars 1996, Commission/Allemagne (C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13) et, dans le même sens, point 64 des conclusions de l'avocat général Jacobs du 23 mars 2000 dans l'affaire Commission/France (arrêt du 5 octobre 2000, C-337/98, Rec. p. I-8377, I-8379).

9 — Voir, également, huitième considérant du préambule de la directive 93/37.

10 — En ce sens, également, arrêt du 17 septembre 1998, Commission/Belgique (C-323/96, Rec. p. I-5063, point 34).

d'autres entrepreneurs et en rendaient donc absolument nécessaire l'attribution au cocontractant habituel précisément. Dans le cas contraire en effet, on risquerait de voir les pouvoirs adjudicateurs recourir abusivement à l'article 7, paragraphe 3, sous b), de la directive 93/37 pour éluder les appels d'offres et contourner ainsi l'objectif général poursuivi par la directive dans le domaine des marchés publics, à savoir le développement de la concurrence¹³.

27. La charge de la preuve de l'existence de circonstances exceptionnelles incombe à celui qui entend s'en prévaloir¹⁴. Dans la présente affaire, le gouvernement italien s'est contenté de déclarer que l'autorité compétente a entendu prévenir la destruction ou la dégradation des ouvrages achevés jusqu'alors et éviter de délicates questions de partage de responsabilité entre plusieurs entrepreneurs. Même si elle a pu juger opportun, de ce fait, de confier à la même entreprise la seconde tranche des travaux, il ne s'agissait pas pour autant de raisons techniques impérieuses qui imposaient d'attribuer le marché à cette entreprise en particulier. En conséquence, l'application de la procédure négociée ne pouvait être fondée sur l'article 7, paragraphe 3, sous b), de la directive 93/37.

28. À l'audience, le gouvernement italien a ajouté que, lors de l'attribution des trois

marchés en cause, absolument aucun autre adjudicataire potentiel ne se présentait, de sorte que, en tout état de cause, il n'a pas été porté atteinte à la concurrence en l'espèce. Cet argument n'est pas convaincant. En effet, le sens et la finalité de la publication préalable d'un avis de marché sont d'informer un cercle aussi grand que possible de soumissionnaires sur la passation de marché imminente. On ne peut donc pas exclure que, si un avis de marché avait été dûment publié, d'autres adjudicataires potentiels se seraient manifestés.

b) Recours à la procédure négociée en cas d'urgence en application de l'article 7, paragraphe 3, sous c), de la directive 93/37

29. Le gouvernement italien invoque en outre l'urgence particulière avec laquelle les trois marchés de travaux en cause auraient dû être attribués, de sorte qu'une application de l'article 7, paragraphe 3, sous c), de la directive 93/37 serait concevable.

30. Toutefois, le recours à cette disposition est subordonné à des conditions strictes, ne serait-ce qu'en raison de sa rédaction, puisqu'elle fait référence à la stricte nécessité, à des raisons impérieuses et au caractère imprévisible de certains événements. Par ailleurs, il convient de remarquer également que, en raison de son caractère dérogatoire,

13 — Voir première phrase du dixième considérant du préambule de la directive 93/37.

14 — Arrêt Commission/Italie, précité (note 12), point 23.

elle doit être interprétée strictement¹⁵. C'est la seule manière d'empêcher des abus des pouvoirs adjudicateurs et de prendre en compte le but poursuivi par la directive dans le domaine des marchés publics, à savoir le développement de la concurrence¹⁶.

31. En outre, comme la deuxième phrase de l'article 7, paragraphe 3, sous c), de la directive 93/37 l'indique clairement, le pouvoir adjudicateur ne peut justifier une prétendue urgence par des circonstances qui lui sont personnellement imputables. Dans la présente affaire, les mesures de protection contre les inondations étaient en cours au moins depuis l'attribution des travaux correspondant à la première tranche, c'est-à-dire depuis les années 80. De même, selon les propres dires du gouvernement italien, les travaux en cause en l'espèce ont été prévus dès le début et n'ont été réservés à un deuxième marché séparé que pour des raisons budgétaires. Ces éléments n'évoquent aucune urgence particulière, mais au contraire des considérations d'organisation purement internes du pouvoir adjudicateur.

15 — Arrêt du 10 mars 1987, *Commission/Italie* (199/85, Rec. p. 1039, point 14). Bien que cet arrêt ait trait à l'article 9, sous d), de la directive 71/305, cette disposition est rédigée en termes sensiblement identiques à ceux de l'article 7, paragraphe 3, sous c), de la directive 93/37, dont l'interprétation est en cause ici. Voir, également, arrêt du 28 mars 1996, *Commission/Allemagne*, précité (note 12), point 13, ainsi que point 64 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Commission/France* (arrêt du 5 octobre 2000) précitée (note 12).

16 — Voir première phrase du dixième considérant du préambule de la directive 93/37.

32. La charge de la preuve de l'urgence appartient à celui qui entend s'en prévaloir¹⁷. En l'espèce, le gouvernement italien s'est borné à invoquer l'urgence de la passation des marchés de travaux en raison de la nécessité de prévenir un risque d'inondation prétendument accru lié aux travaux déjà effectués. En revanche, rien ne permet de penser que les autorités compétentes n'aient pas été en mesure de prévoir ce risque accru éventuel, d'autant plus que l'exécution en plusieurs étapes des travaux de protection contre les inondations correspondait à leur projet initial. Par conséquent, les conditions d'application de l'article 7, paragraphe 3, sous c), ne sont pas réunies.

c) Recours à la procédure négociée en cas de répétition d'ouvrages similaires dans un délai de trois ans en application de l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37

33. Enfin, le gouvernement italien invoque l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37. Il n'est pas contesté que, à l'exception du délai de trois ans, toutes les conditions d'application de cette disposition étaient réunies lors de la passation des trois marchés publics de travaux en cause. Le litige entre les parties porte uniquement sur le point de savoir quand ce délai de trois ans prévu à l'article 7, paragraphe 3, troisième phrase, commence à courir. C'est la réponse à cette question qui permettra de dire si le

17 — Arrêt du 10 mars 1987, *Commission/Italie*, précité (note 15), point 14.

pouvoir adjudicateur avait le droit en l'espèce de recourir à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché.

34. Le gouvernement italien fonde son interprétation selon laquelle le délai ne commence à courir qu'à partir de l'achèvement des travaux dans le cadre du premier marché en particulier sur la version italienne de la directive 93/37, laquelle emploie l'expression «conclusionone dell'appalto iniziale» pour désigner le point de départ du délai. Cette formulation se distinguerait de celle qu'employait encore le règlement antérieur¹⁸, à savoir «aggiudicazione dell'appalto iniziale», qui aurait clairement fait référence à l'attribution du marché initial.

35. Comme la Cour l'a itérativement jugé, toutes les versions linguistiques doivent, par principe, se voir reconnaître la même valeur¹⁹. Il s'ensuit que la date pertinente du début de la période de trois ans fixée à l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37 ne peut être établie à travers l'examen isolé d'une seule version linguistique. Au contraire, c'est un examen comparatif de toutes les versions linguistiques qui est déterminant.

36. Il est regrettable que les formulations employées dans certaines versions linguistiques de la directive 93/37 manquent de clarté. Ainsi, la version allemande fait référence à l'«Abschluss des ersten Auftrags», la version française parle de la «conclusion du marché initial» et la version néerlandaise se contente même de l'expression «oorspronkelijke opdracht». En revanche, toute une série d'autres versions sont manifestement défavorables à l'interprétation soutenue par le gouvernement italien et favorables au point de vue de la Commission, à savoir les versions anglaise («conclusion of the original contract»), danoise («indgaaelsen af den oprindelige kontrakt»), espagnole («celebración del contrato inicial») et portugaise («celebração do contrato inicial»).

37. Il est remarquable également que la modification du libellé de l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37, à laquelle renvoie le gouvernement italien, n'ait concerné que la seule version italienne, où le terme «aggiudicazione» a été remplacé par celui de «conclusionone», alors que les autres versions sont restées inchangées sur ce point par rapport au règlement antérieur²⁰. Cette seule circonstance doit nous amener à considérer qu'il ne s'agit en l'occurrence que d'une modification rédactionnelle du texte italien et non d'une nouvelle orientation de fond de cette disposition. Ce point de vue est corroboré par le premier considérant du préambule de la

18 — Article 5, paragraphe 3, sous e), de la directive 71/305, dans la version de la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1).

19 — Voir, par exemple, arrêts du 2 avril 1998, EMU Tabac e.a. (C-296/95, Rec. p. I-1605, point 36), et du 9 janvier 2003, Givane e.a. (C-257/00, Rec. p. I-345, point 39).

20 — Article 5, paragraphe 3, sous e), de la directive 71/305, dans la version de la directive 89/440.

directive 93/37, qui déclare faire œuvre de codification dans un souci de clarté et de rationalité.

38. En dernière analyse toutefois, ce n'est pas le simple libellé qui est déterminant, mais un examen de la disposition en cause dans son contexte et en fonction de son sens et de sa finalité²¹.

39. S'agissant d'abord de la place de la disposition litigieuse relative au délai dans le contexte global de la directive 93/37, il convient de relever que, pour définir la notion de marchés publics de travaux, l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous a), de la directive emploie expressément le terme de *contrats*, et non celui de travaux, et il en va de même dans la version italienne: «gli 'appalti pubblici di lavori' sono *contratti* a titolo oneroso [...]»²².

40. En outre, il résulte de l'article 7, paragraphe 4, interprété a contrario, qui décrit les modalités procédurales applicables en temps normal, que l'article 7, paragraphe 3, sous e), contient une dérogation qui, de par sa nature même, doit être interprétée de manière stricte.

41. En ce qui concerne ensuite le sens et la finalité de la période de trois ans, cette dernière contribue de manière décisive à la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux en favorisant l'instauration d'une concurrence accrue²³. C'est pour cette raison également que la procédure négociée, moins favorable aux concurrents, doit constituer l'exception et qu'elle ne peut s'appliquer que dans des cas limitativement énumérés²⁴.

42. Il s'ensuit que tant le contexte global que le sens et la finalité de l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37 plaident en faveur d'une lecture stricte du délai de trois ans et, partant, en faveur d'un point de départ de ce délai dès la *conclusion du contrat* portant sur le premier marché. En revanche, fixer le début de la période à la date d'*achèvement* du premier marché reviendrait à étendre le champ d'application de la procédure négociée et serait donc en contradiction avec l'objectif de l'instauration de la concurrence dans le domaine des marchés publics de travaux. De plus, comme la Commission l'expose à juste titre, ce dernier mode de calcul serait préjudiciable à la sécurité juridique. En effet, l'achèvement d'un ouvrage ne doit pas nécessairement être assimilé à la réception par le maître d'ouvrage, dans la mesure où, en théorie, d'autres événements seraient envisageables, tels que la pose de la dernière pierre, le démontage

21 — Voir, par exemple, arrêts du 27 février 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931, point 35); du 13 novembre 2003, Granarolo (C-294/01, Rec. p. I-13429, point 43); du 27 novembre 2003, Zita Modes (C-497/01, Rec. p. I-14393, point 34), et Givane e.a., précité (note 19), points 38 et 39.

22 — C'est nous qui soulignons.

23 — Voir deuxième considérant et première phrase du dixième considérant du préambule de la directive 93/37.

24 — Voir huitième considérant du préambule de la directive 93/37.

des échafaudages, la fermeture du chantier ou le paiement du prix (restant dû) de l'ouvrage. Par contre, la date de conclusion du contrat peut en principe être clairement déterminée.

43. En conséquence, l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37 doit être interprété en ce sens que le délai de trois ans fixé dans la dernière phrase de cette disposition commence à courir à compter de la conclusion du contrat portant sur le premier marché, et non pas seulement à compter de l'achèvement des travaux de la première tranche. Il s'ensuit que la République italienne a fait une interprétation et une application erronées de la directive 93/37 en ce qui concerne les trois marchés publics de travaux en cause.

d) Conclusion intermédiaire

44. Comme aucune des conditions dérogatoires prévues à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 93/37 n'est réunie, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité en passant les trois marchés publics de travaux en cause selon la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché.

2) L'erreur de droit n'est pas excusable

45. Pour finir, le gouvernement italien a fait valoir que l'interprétation qu'il a retenue du

point de départ du délai de trois ans de l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37 a conduit le pouvoir adjudicateur à commettre une erreur excusable («errore scusabile») au vu de la version italienne de cette disposition.

46. De fait, la notion d'erreur excusable n'est pas tout à fait inconnue du droit communautaire, notamment en matière de droit à réparation du fait de la responsabilité de l'État. En effet, bien que l'existence d'une faute ne soit pas, en principe, une condition de l'obligation pour les États membres de réparer les dommages qu'ils ont causés²⁵, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit peut constituer un indice pour déterminer si une autorité nationale a excédé de manière manifeste et grave le pouvoir d'appréciation qui lui a été conféré, en commettant ainsi une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit communautaire²⁶. En effet, il est admis en matière de responsabilité extracontractuelle que toute violation du droit commise par un État membre ou par une institution communautaire n'ouvre pas nécessairement un droit à une réparation pécuniaire au profit des particuliers; en réalité, les conditions auxquelles une réparation est due dépendent de la nature de la violation du droit communautaire²⁷.

25 — Arrêts du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, points 79 et 80), et du 8 octobre 1996, Dillenkofer e.a. (C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94, Rec. p. I-4845, point 28).

26 — Arrêts Brasserie du Pêcheur et Factortame, précité (note 25), points 55, 56 et 78, et du 30 septembre 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239, points 53 à 55).

27 — Arrêts Dillenkofer e.a., précité (note 25), point 20, et Brasserie du Pêcheur et Factortame, précité (note 25), point 38.

47. Toutefois, ces considérations relatives au droit à réparation du fait de la responsabilité de l'État ne sauraient être transposées à la procédure en manquement. En effet, le but de cette dernière procédure est de garantir une application correcte et uniforme du droit communautaire dans tous les États membres, ainsi que de veiller à ce qu'il soit mis fin à d'éventuelles violations²⁸. Par conséquent, il s'agit d'une procédure où les violations du droit communautaire sont constatées *objectivement*, de manière totalement indépendante de leur motivation, ainsi que de la nature et de la gravité de leurs répercussions²⁹.

48. Au demeurant, chaque État membre est pleinement responsable envers la Communauté de ce que tous les pouvoirs publics se trouvent, sur le territoire dudit État, en conformité avec le droit communautaire. Cette responsabilité comprend l'obligation de prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit communautaire et de ne rien faire qui puisse mettre en péril leur réalisation (article 10 CE). Elle joue indépendamment de toute faute.

49. Dans ce contexte, les objections des États membres dans le cadre de la procédure en manquement ne peuvent être admises

28 — Les sommes forfaitaires, et notamment les astreintes que les États membres peuvent être condamnés à payer (article 228, paragraphe 2, CE), doivent également être vues dans ce contexte.

29 — L'avocat général Tizzano souligne également le caractère objectif de la procédure en manquement au point 14 de ses conclusions du 18 janvier 2001 dans l'affaire Commission/Allemagne (arrêt du 8 mars 2001, C-316/99, Rec. p. I-2037, 2038).

que dans d'étroites limites, ne serait-ce que pour exclure d'emblée tout abus. C'est la raison pour laquelle la Cour ne reconnaît logiquement dans cette procédure qu'une seule objection fondée sur l'absence de faute, à savoir l'impossibilité absolue de s'acquitter d'obligations découlant du droit communautaire³⁰.

50. En revanche, une erreur de droit n'est pas une objection recevable dans le cadre de la procédure en manquement. À titre d'exemple, la Cour a déjà jugé qu'un État membre ne saurait invoquer des difficultés liées à l'interprétation d'une directive pour en différer la transposition au-delà des délais prévus³¹.

51. Un État membre ne peut pas davantage objecter que la violation du droit communautaire qu'il a commise était seulement mineure ou qu'elle n'a causé aucun dommage³².

30 — Arrêts du 15 janvier 1986, Commission/Belgique (52/84, Rec. p. 89, point 16); du 2 février 1988, Commission/Pays-Bas (213/85, Rec. p. 281, point 22), et du 26 juin 2003, Commission/Espagne (C-404/00, Rec. p. I-6695, point 45, avec d'autres références).

31 — Arrêts du 8 mars 2001, Commission/Allemagne, précité (note 29), point 9, et du 20 mars 2003, Commission/Allemagne (C-135/01, Rec. p. I-2837, point 25). À cet égard, l'avocat général Tizzano expose à juste titre: «Cependant, nous devons faire observer que, étant donné le caractère objectif des procédures en manquement, la bonne volonté du gouvernement de l'État membre concerné, aussi utile et louable qu'elle soit, ne peut faire disparaître le manquement, si un manquement il y a eu» (point 14 des conclusions dans l'affaire Commission/Allemagne, arrêt du 8 mars 2001, précité note 29).

32 — Arrêts du 18 décembre 1997, Commission/Belgique (C-263/96, Rec. p. I-7453, point 30), et du 10 avril 1993, Commission/Allemagne, précité (note 4), point 42.

52. De plus, il est de jurisprudence constante que l'interprétation et l'application du droit communautaire ne peuvent jamais s'appuyer sur une seule version linguistique, comme nous l'avons vu dans la présente affaire; au contraire, il faut partir d'un examen global de toutes les versions linguistiques, compte tenu du sens, de la finalité et du contexte de la disposition en cause³³. En vertu du principe de coopération loyale (article 10 CE), d'éventuels doutes doivent être communiqués à la Commission.

53. Ce n'est que dans la mesure où la Commission a fait naître de son côté dans le chef d'un État membre, par exemple dans des observations qu'elle lui a adressées, une confiance légitime en une lecture déterminée des droits et obligations découlant pour lui du droit communautaire qu'elle pourrait également se la voir opposer par la suite dans le cadre d'une procédure en manquement. Dans ce contexte, la Commission fait également état, à juste titre, de cas dans lesquels le comportement d'une institution communautaire a suscité dans l'esprit du justiciable une impression erronée ou, en tout cas, y a contribué de manière décisive³⁴.

54. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, l'objection du gouvernement

33 — Voir, notamment, arrêt du 6 octobre 1982, CILFIT e.a. (283/81, Rec. p. 3415, points 16 à 20), ainsi que point 35 des présentes conclusions et la jurisprudence citée à la note 19.

34 — Arrêt du 23 novembre 1995, Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau (C-285/93, Rec. p. I-4069, point 27, avec d'autres références).

italien selon laquelle le pouvoir adjudicateur a commis une erreur excusable lors de la détermination du point de départ du délai prévu à l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive 93/37 manque son but.

3) Conclusion

55. Il résulte des développements qui précèdent que, en attribuant les trois marchés publics de travaux en cause selon la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché alors que les conditions prescrites à cet effet par la directive 93/37, et notamment par son article 7, paragraphe 3, n'étaient pas réunies, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité.

VI — Dépens

56. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, la partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Ainsi qu'il résulte des développements qui précèdent, il y a lieu de faire droit au recours de la Commission. En conséquence, la République italienne, qui a succombé en ses moyens, doit être condamnée aux dépens, conformément à la demande de la Commission.

VII — Conclusion

57. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de statuer comme suit:

«1) En attribuant, par l'intermédiaire du magistrat du Pô de Parme, les marchés publics de travaux portant sur les lots complémentaires relatifs:

— aux travaux d'achèvement de la construction d'un bassin de retenue des crues du torrent Parme, dans la localité de Marano (commune de Parme),

— aux travaux d'aménagement et d'achèvement d'un bassin de retenue des crues du torrent Enza et

— aux travaux d'écrêtement des crues du torrent Terdoppio — canal Scolmatore, au sud-ouest de Cerano,

en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché alors que les conditions prescrites à cet effet par la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et notamment par son article 7, paragraphe 3, n'étaient pas réunies, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CE.

2) La République italienne est condamnée aux dépens.»