ARRÊT DE LA COUR
12 janvier 1994 *

Dans l'affaire C-296/92,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. Antonio Aresu et Rafael Pellicer, membres du service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Nicola Annecchino, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie requérante,

contre

République italienne, représentée par M. le professeur Luigi Ferrari Bravo, chef du service du contentieux diplomatique du ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, assisté de M. Pier Giorgio Ferri, avvocato dello Stato, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade d'Italie, 5, rue Marie-Adélaïde,

partie défenderesse,

ayant pour objet de faire constater que, en acceptant, sans intervenir pour éviter immédiatement les effets juridiques contraires au droit communautaire, que l'administration provinciale d'Ascoli Piceno passe un marché de gré à gré pour les onzième et douzième études supplémentaires en vue de compléter le tronçon de route à circulation rapide « Ascoli-Mare » portant la désignation « IV^{e} lot — projet 5134 » et omette de publier un avis d'appel d'offres dans le *Journal officiel des*

* Langue de procédure: l'italien.

Communautés européennes, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu 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),

LA COUR,

composée de MM. G. F. Mancini, président des deuxième et sixième chambres, faisant fonction de président, J. C. Moitinho de Almeida et D. A. O. Edward, présidents de chambre, R. Joliet, F. A. Schockweiler (juge rapporteur), G. C. Rodríguez Iglesias, F. Grévisse, M. Zuleeg et J. L. Murray, juges,

avocat général: M. C. Gulmann,
greffier: M[me] L. Hewlett, administrateur,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 29 septembre 1993,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 18 novembre 1993,

rend le présent

Arrêt

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 6 juillet 1992, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CEE, un

recours visant à faire constater que, en acceptant, sans intervenir pour éviter immédiatement les effets juridiques contraires au droit communautaire, que l'administration provinciale d'Ascoli Piceno passe un marché de gré à gré, le 21 mai 1990, pour les onzième et douzième études supplémentaires en vue de compléter le tronçon de route à circulation rapide « Ascoli-Mare » portant la désignation « IV^{e} lot — projet 5134 » et omette la publication d'un avis d'appel d'offres dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu 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).

2 Au début des années 70, l'administration provinciale d'Ascoli Piceno a procédé à l'attribution de différents marchés de travaux portant sur la construction d'une route à circulation rapide destinée à relier la ville d'Ascoli Piceno à l'autoroute A 14 et à la route nationale n° 16, laquelle longe le littoral de la mer Adriatique. Ces travaux étaient divisés en quatre lots.

3 Le lot IV a été attribué à l'entreprise Rozzi Costantino. Les travaux relatifs à ce lot ont ensuite fait l'objet de douze études supplémentaires, qui impliquaient un allongement substantiel du tracé initial de la route. L'exécution des travaux prévus dans ces études a également été confiée à l'entreprise Rozzi Costantino. Pour ceux prévus par les onzième et douzième études, l'administration provinciale d'Ascoli Piceno a passé avec cette entreprise, le 21 mai 1990, un marché de gré à gré portant sur un montant total de 36 250 000 000 LIT.

4 Estimant que l'attribution des travaux relatifs à ces deux études relevait du champ d'application de la directive 71/305, précitée, et n'était couverte par aucune des hypothèses prévues à l'article 9, et que, par conséquent, un avis d'appel d'offres aurait dû être publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, conformément aux termes de la directive, la Commission a, par lettre du 17 janvier 1991, conformément à l'article 169 du traité, mis le gouvernement italien en demeure de présenter, dans un délai de 30 jours, ses observations sur le manquement reproché.

5 N'ayant reçu aucune réponse en temps voulu de la part du gouvernement italien, la Commission a réitéré son point de vue dans l'avis motivé qu'elle a adressé, le 1er août 1991, à la République italienne et dans lequel elle a conclu que « l'administration provinciale d'Ascoli Piceno ayant attribué un marché de gré à gré concernant la construction du tronçon de route à circulation rapide 'Ascoli-Mare', dénommé 'IVe lot', et ayant omis la publication d'un avis d'appel d'offres dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 71/305/CEE ». La Commission a demandé à la République italienne de se conformer à cet avis motivé dans un délai de deux mois.

6 Par lettre du 30 décembre 1991, le gouvernement italien a communiqué à la Commission une note du 31 octobre 1991 par laquelle l'administration provinciale d'Ascoli Piceno fournissait certains éclaircissements sur le marché en cause et se prévalait de l'article 5, sous b), de la loi n° 584 du 8 août 1977, qui a transposé en droit italien l'article 9, sous b), de la directive 71/305, pour justifier que le marché litigieux avait été confié à l'entreprise Rozzi Costantino.

7 Considérant que cette communication constituait une réponse tardive à son avis motivé, mais qu'elle n'était pas satisfaisante, la Commission a introduit le présent recours qui tend, ainsi qu'il est exposé au point 1 du présent arrêt, à faire constater que la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 71/305 en acceptant, sans intervenir, que l'administration provinciale d'Ascoli Piceno recoure à la procédure du marché de gré à gré.

8 Dans son mémoire en défense, le gouvernement italien s'est limité à faire valoir que l'obligation de veiller à l'application de la directive 71/305, qui incomberait à l'État membre, est différente de l'obligation même de l'appliquer, qui incomberait aux pouvoirs adjudicateurs. Il a ajouté qu'un manquement, de la part d'un État membre, à son obligation de surveillance ne peut être constaté que si la violation de la directive commise par un pouvoir adjudicateur est claire et manifeste au point de rendre injustifiable l'absence d'intervention de l'État.

9 Dans son mémoire en duplique, le gouvernement italien a présenté des documents destinés à prouver l'existence, en ce qui concerne le marché litigieux, de « raisons techniques », au sens de l'article 9, sous b), de la directive 71/305, justifiant que les travaux en cause soient confiés à un entrepreneur déterminé et que, en conséquence, la procédure retenue soit celle du marché de gré à gré. Il a soutenu en outre que, d'une part, il avait invoqué l'article 9, sous b), de la directive 71/305 dès la procédure précontentieuse et que, d'autre part, il n'avait pas insisté, dans son mémoire en défense, sur lesdites « raisons techniques », étant donné que, dans les conclusions de sa requête, la Commission aurait reproché à la République italienne non pas le comportement, prétendument contraire à la directive 71/305, de l'administration provinciale d'Ascoli Piceno, mais le fait d'avoir omis d'intervenir pour empêcher ce comportement ou pour en corriger les effets.

10 Dans les observations écrites qu'elle a été autorisée à présenter en réponse au mémoire en duplique, la Commission a fait valoir, à titre principal, que les documents techniques présentés par le gouvernement italien constituaient des « moyens nouveaux » dont la production, en cours d'instance, est interdite par l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure. A titre subsidiaire, la Commission a soutenu que les arguments techniques déduits de ces documents étaient dénués de fondement.

11 Il y a lieu de rappeler d'abord que, selon la jurisprudence constante de la Cour (voir, notamment, arrêt du 11 mai 1989, Commission/Allemagne, 76/86, Rec. p. 1021, point 8), l'objet d'un recours en application de l'article 169 du traité est circonscrit par la procédure précontentieuse prévue par cette disposition. Dès lors, la requête ne peut être fondée sur des griefs autres que ceux indiqués dans l'avis motivé (voir arrêt du 17 novembre 1992, Commission/Pays-Bas, C-157/91, Rec. p. I-5899, point 17).

12 Il y a lieu de constater ensuite que, dans son avis motivé, la Commission a reproché à la République italienne d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 71/305 du fait que l'administration provinciale d'Ascoli Piceno avait attribué le marché litigieux selon la procédure du marché de gré à gré et omis la publication d'un avis d'appel d'offres dans le *Journal officiel des Communautés européennes*. En revanche, par son recours, la Commission demande à la Cour de constater que la République italienne a manqué à ces obligations en acceptant, sans

intervenir pour en éviter les effets, que l'administration provinciale d'Ascoli Piceno procède de cette manière.

13 S'il est vrai que tout État membre est responsable à l'égard de la Communauté de tout manquement au droit communautaire commis par une de ses entités, il convient toutefois de souligner qu'en l'espèce l'objet du recours n'est pas de faire constater un tel manquement et qu'en tout état de cause la requête se base sur un grief différent de celui formulé dans l'avis motivé, différence qui a donné lieu aux contestations, mentionnées aux points 9 et 10 du présent arrêt, relatives à la présentation des moyens de défense du gouvernement italien.

14 En conséquence, le recours de la Commission doit être rejeté comme irrecevable.

Sur les dépens

15 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. La Commission ayant succombé en son action, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1) Le recours est rejeté comme irrecevable.

2) La Commission est condamnée aux dépens.

Mancini Moitinho de Almeida Edward

Joliet Schockweiler Rodríguez Iglesias

Grévisse Zuleeg Murray

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 12 janvier 1994.

Le greffier

J.-G. Giraud

Le président faisant fonction

G. F. Mancini

président des deuxième et sixième chambres