CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MICHAEL B. ELMER

présentées le 8 février 1996 *

Introduction

1. Dans la présente affaire, la Commission a conclu à ce qu'il soit constaté que, le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden ayant passé le marché public des travaux de dragage de l'Ems inférieure entre Papenbourg et Oldersum, par une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication au *Journal officiel des Communautés européennes*, il y avait lieu de condamner la République fédérale d'Allemagne pour avoir 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 [1], telle que modifiée par la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 [2] (ci-après dénommée la « directive »).

2. La République fédérale d'Allemagne n'a pas contesté que le projet en cause relève de la directive, mais a conclu au rejet du recours en faisant valoir que les conditions énumérées ci-après à l'article 5, paragraphe 3, sous c), de la directive étaient remplies de sorte qu'il était possible de passer le marché en recourant à une procédure négociée, sans publication préalable d'un avis d'adjudication.

Les dispositions pertinentes du droit communautaire

3. La directive dispose en son article 5, paragraphe 1, que, pour passer leurs marchés publics de travaux, les pouvoirs adjudicateurs doivent appliquer une procédure qui est soit « une procédure ouverte », soit « une procédure restreinte », soit « une procédure négociée ».

Selon l'article 5, paragraphe 2, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, dans certains cas que ce paragraphe énumère, passer leurs marchés de travaux en recourant à une procédure négociée, après avoir publié un avis d'adjudication et sélectionné les candidats selon des critères qualitatifs connus.

Selon l'article 5, paragraphe 3, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, dans certains cas,

* Langue originale: le danois.

1 — JO L 185, p. 5.

2 — JO L 210, p. 1.

passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis d'adjudication. Tel peut être le cas en application de l'article 5, paragraphe 3, sous 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. »

L'article 5, paragraphe 4, dispose que « Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de travaux en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. »

4. Selon les dispositions de l'article 12, paragraphe 1 combinées avec celles du paragraphe 8, les pouvoirs adjudicateurs font connaître, au moyen d'un avis indicatif publié au *Journal officiel des Communautés européennes,* les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'ils entendent passer et dont les montants dépassent le seuil indiqué dans la directive. Selon les dispositions combinées de l'article 12, paragraphe 2 combinées avec celles du paragraphe 9, les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public de travaux au moyen d'une procédure ouverte, restreinte ou négociée dans les cas visés à l'article 5, paragraphe 2, font connaître leur intention au moyen d'un avis publié au *Journal officiel des Communautés européennes.*

L'article 14 fixe les règles que les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter dans les procédures restreintes et les procédures négociées au sens de l'article 5, paragraphe 2, lorsqu'ils fixent le délai de réception des demandes de participation. Ce délai doit être en règle générale d'au moins 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de projet à l'Office des publications officielles des Communautés européennes. Cependant selon l'article 15, paragraphe 1, dans les cas où l'urgence rend impraticable les délais prévus à l'article 14, il peut être fixé un délai qui est d'au moins 15 jours.

Dans les procédures restreintes, le délai de réception des offres, fixé par les pouvoirs adjudicateurs, ne peut, selon l'article 14, paragraphe 3, être inférieur à 40 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation écrite, mais il peut, selon l'article 14, paragraphe 4, être réduit à 26 jours si les pouvoirs adjudicateurs ont publié l'avis prévu à l'article 12, paragraphe 1. Dans les cas d'urgence mentionnés à l'article 15, paragraphe 1, le délai peut être raccourci de 10 autres jours à partir de la date d'envoi de l'invitation écrite.

Les faits de l'affaire

5. En septembre 1989, il a été décidé, à la demande de la ville de Papenbourg, d'approfondir le lit de l'Ems inférieure pour permettre la navigation des navires de la classe dite « Panama », d'un tirant d'eau de 6,80 mètres. Cet approfondissement était considéré, en raison de l'évolution générale du trafic, comme ayant une importance économique considérable dans la mesure où il permettait d'améliorer la structure économique dans cette région qui était de manière générale une région à faible structure.

6. Au cours de l'année 1990, il s'est avéré que l'employeur le plus important de la région, les chantiers navals Meyer, s'était engagé par contrat à livrer un bateau de 6,80 m de tirant d'eau, « le Zénith » pour un prix d'environ 500 millions de DM. Pour livrer ce bateau, il était indispensable d'approfondir une partie de l'Ems inférieure. Il était prévu de livrer le bateau le 18 février 1992, date à laquelle il devait y avoir une grande marée. En cas de non respect de la date de livraison du bateau, les chantiers navals auraient dû verser des pénalités contractuelles de 80 000 USD par jour.

7. Le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden (l'Office des eaux et de la navigation intérieure d'Emden) relève de l'administration fédérale de la navigation fluviale et était responsable de la mise en œuvre du projet d'approfondissement de l'Ems inférieure. Les plans pour ce projet devaient cependant faire l'objet d'une approbation. L'administration responsable de la procédure d'approbation était la Wasser- und Schiffahrtsdirektion Aurich (direction des eaux et de la navigation d'Aurich).

8. Après que des études préliminaires nécessaires ont été faites, la Wasser- und Schiffahrtsdirektion Aurich a lancé la procédure d'approbation des plans, le 5 novembre 1990, afin que le projet puisse recevoir l'approbation fin mai 1991. Le 11 avril 1991, une délibération sur le projet est intervenue. La Bezirksregierung Weser-Ems, dont l'accord était nécessaire pour que les plans puissent être approuvés, n'a soulevé aucune objection à l'encontre du projet.

9. Le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden se proposait de suivre une procédure ouverte pour l'ensemble de la passation du marché public de travaux concernant le projet d'approfondissement du lit de l'Ems inférieure et a publié par conséquent une courte description des travaux prévus dans un supplément au *Journal officiel des Communautés européennes* du 20 avril 1991.

10. Fin mai 1991, la Bezirksregierung Weser-Ems a refusé, pour des raisons écologiques, son approbation définitive à l'approfondissement prévu. Il a par conséquent été sursis au projet concernant principalement un approfondissement plus permanent de l'Ems inférieure, jusqu'à une date ultérieure. La procé-

dure d'approbation du projet concernant un approfondissement provisoire d'une partie de l'Ems inférieure en vue de rendre possible le transfert du navire bâti par les chantiers navals Meyer, a toutefois été poursuivie.

11. En réponse à une demande d'une entreprise non allemande qui souhaitait obtenir des renseignements plus complets concernant les travaux qui avaient été publiés le 20 avril 1991, le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden a fait savoir à l'entreprise concernée, le 30 mai 1991, qu'elle ne pourrait obtenir le cahier des charges concernant le projet que lorsque la procédure d'adjudication aurait été publiée au *Journal officiel des Communautés européennes*. Le 19 juin 1991, le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden a fait en outre savoir à l'entreprise concernée que la procédure ouverte qui avait été prévue ne pourrait pas être appliquée pour des raisons de temps.

12. Le 21 juin 1991, une procédure négociée d'attribution d'un contrat concernant l'approfondissement provisoire d'une partie de l'Ems inférieure a été ouverte, au lieu de la procédure prévue, sans publication préalable d'un avis d'adjudication. Six entreprises allemandes avaient été invitées à soumettre des offres dans ce cadre. La décision d'approuver les plans de l'approfondissement provisoire d'une partie de l'Ems inférieure a été prise le 3 juillet 1991. Cette décision est entrée en vigueur le 15 août 1991 et le contrat concernant le projet d'approfondissement provisoire d'une partie de l'Ems inférieure a été adjugé ce même jour à l'une des entreprises qui avaient été invitées à soumissionner.

13. Le jour précédent, c'est-à-dire le 14 août 1991, la Commission avait par télex attiré l'attention du gouvernement allemand sur le fait que les conditions requises pour l'attribution d'un contrat au moyen d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication n'étaient, à son avis, pas remplies. Par lettre du 2 septembre 1991, le gouvernement allemand a répondu à la Commission que les conditions d'attribution d'un contrat dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication, telles que prévues par l'article 5, paragraphe 3, sous c), de la directive, étaient, selon lui, remplies.

14. La Commission ne partageant pas l'avis de la République fédérale d'Allemagne, selon lequel le projet en cause relevait de l'article 5, paragraphe 3, sous c), elle a introduit, par lettre de mise en demeure du 12 novembre 1991, un recours en manquement en application de l'article 169 du traité. Dans sa réponse du 6 mars 1992 à la lettre de mise en demeure, le gouvernement allemand a attiré l'attention une nouvelle fois sur l'article 5, paragraphe 3, sous c), de la directive. La Commission a réitéré son point de vue dans un avis motivé du 27 avril 1993. Le gouvernement allemand a répondu à cet avis par lettre du 28 septembre 1993 et a indiqué que la procédure choisie était nécessaire afin que le projet puisse être mis en œuvre avant le 18 février 1992, date à laquelle les chantiers navals Meyer devaient livrer le bateau.

Les arguments des parties et notre prise de position

15. Comme cela ressort de l'introduction, la question de savoir si la République fédérale d'Allemagne doit être condamnée pour infraction aux obligations qui résultent pour elle du droit communautaire dans la présente affaire dépend de la question de savoir si la condition indiquée à l'article 5, paragraphe 3, sous c), de la directive était remplie. Si tel était le cas, la République fédérale d'Allemagne était en droit de conclure un contrat relatif à la passation du marché en cause dans le cadre d'une procédure négociée, sans publication préalable d'un avis d'adjudication. Si par contre la condition prévue par l'article 5, paragraphe 3, sous c), n'était pas remplie, la République fédérale d'Allemagne n'était pas en droit de conclure le contrat en cause de la manière dont elle l'a fait et doit être dans ce cas condamnée, conformément aux conclusions de la Commission.

16. Nous allons par conséquent, dans les développements suivants, examiner les points de vue des parties, en ce qui concerne les différents éléments de l'article 5, paragraphe 3, sous c), de la directive et présenter le nôtre.

Nous entendons d'abord souligner que la possibilité d'utiliser une procédure négociée telle qu'elle est prévue à l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive doit, selon le 16e considérant de la même directive, « être considérée comme exceptionnelle et qu'elle ne doit donc être appliquée que dans des cas limitativement énumérés ». La disposition qui figure actuellement à l'article 5, paragraphe 3, sous c), est en outre presque identique à une disposition antérieure figurant à l'article 9, sous d), de la directive 71/305. La jurisprudence de la Cour concernant l'interprétation de l'ancien article 9, sous d), peut par conséquent être appliquée à l'article 5, paragraphe 3, sous c), actuellement en vigueur.

La Cour a jugé de manière générale en ce qui concerne l'article 9 en vigueur précédemment [3]:

« que les dispositions de l'article 9 de la directive 71/305, 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 que 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. »

La Cour a par ailleurs jugé dans un arrêt du 2 août 1993 [4] que:

« Aux termes de l'article 9, sous d), de la directive, la dérogation prévue par cette dis-

3 — Voir, en dernier lieu, l'arrêt du 18 mai 1995, Commission/Italie, (C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23).

4 — Commission/Italie (C-107/92, Rec. p. I-4655, point 12).

position, à savoir, la dispense de toute obligation de publier un avis d'adjudication, est subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives. Elle suppose en effet l'existence d'un événement imprévisible, d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et, enfin, d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte. »

17. Le gouvernement allemand a fait valoir qu'il y avait « *une urgence impérieuse* » de mener à bien le projet en cause avant le 18 février 1992, date à laquelle le navire « Zénith » construit par les chantiers navals Meyer devrait être livré. Un dépassement du délai précité aurait eu pour conséquence que le bateau en cause n'aurait pu être livré à temps, ce qui aurait affecté la bonne réputation du chantier naval qui est le plus gros employeur de la région avec 1 800 personnes et l'aurait contraint à verser une pénalité contractuelle. En outre, non seulement les considérations liées aux chantiers navals, mais également le fait qu'il s'agissait d'une région à faible structure, imposaient de mener à bien le projet avant le 18 février 1992 puisque les conséquences à long terme du non-respect par les chantiers navals de leurs obligations contractuelles pouvaient être prévues et auraient nui à la bonne réputation des chantiers, s'agissant de leur fiabilité et de leur efficacité. Cela aurait eu pour conséquence de diminuer les commandes et par conséquent d'entraîner la perte d'emplois. Dans le pire des cas, les chantiers navals auraient dû fermer, ce qui aurait signifié pour la région la perte de son principal employeur.

La Commission a fait valoir en réponse à ces arguments que les motifs indiqués par le gouvernement allemand n'étaient pas suffisants pour relever de la notion « d'urgence impérieuse » telle qu'elle figure à l'article 5, paragraphe 3, sous c). En ce qui concerne les conséquences éventuelles pour la région, la Commission a fait valoir notamment qu'aucun élément ne permet de penser que de telles conséquences se produiraient.

18. Nous aimerions souligner d'abord que la conséquence du fait que le projet d'approfondissement d'une partie de l'Ems inférieure n'ait pas été terminé le 18 février 1992 aurait été que le chantier naval n'aurait pas été en mesure de respecter ses obligations contractuelles. Si un État membre pouvait déroger aux procédures prévues pour la passation des marchés, toutes les fois qu'une entreprise n'est pas en mesure de respecter ses obligations contractuelles en raison d'un retard pris dans l'exécution de travaux publics, le champ d'application de l'article 5, paragraphe 3, sous c), deviendrait particulièrement large. Cette situation ne correspondrait pas à l'idée que la disposition en cause est une exception qui ne doit être utilisée que lorsqu'elle est absolument nécessaire. Le souhait d'un État membre d'aider une entreprise à respecter ses obligations ne saurait par conséquent, selon nous, être considéré en lui-même comme « une urgence impérieuse » de nature à lui permettre de s'écarter des procédures prévues.

19. Si l'on part cependant de l'idée que les conséquences du non-respect du délai du 18 février 1992 auraient été celles décrites par le gouvernement allemand, l'infraction aurait

eu des conséquences particulièrement graves. La région dans laquelle le chantier naval est situé est, selon le gouvernement allemand, une région dite à faible structure, où le chantier naval est le plus grand employeur avec 1 800 employés. En outre, 1 700 emplois auprès de sous-traitants dépendent, on le sait, de l'existence du chantier. Nous ne pouvons qu'avoir de la sympathie pour l'idée qu'un gouvernement fait tout ce qui est en son pouvoir pour sauvegarder des emplois, et il est également clair que tant en Allemagne que dans d'autres États membres, il est important de maintenir en activité l'industrie de la construction navale.

Cependant, selon nous, le gouvernement allemand n'a pas présenté de preuves suffisamment précises montrant qu'un retard dans l'exécution du projet et le non-respect par le chantier naval du contrat conclu auraient en soi pour conséquence d'entraîner la fermeture du chantier avec les conséquences graves qu'il a décrites. On ne saurait dire à cet égard que le gouvernement allemand a fourni la preuve que « les conditions de l'urgence impérieuse » sont réunies dans la présente affaire.

20. Par ailleurs, le gouvernement allemand n'a pas non plus fait valoir dans la présente affaire que le projet prévu était nécessaire pour empêcher les pertes dues au fait que le navire construit n'aurait pu être livré et aurait dû par conséquent être démoli. Il n'existe donc aucun élément permettant de dire qu'il y avait « une urgence impérieuse », telle qu'elle a été définie à l'article 5, paragraphe 3, sous c), de la directive.

21. De l'avis du gouvernement allemand était en outre remplie la condition selon laquelle l'urgence impérieuse doit « *résulter d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs* » ce qui, selon lui, ne permettait pas de respecter les délais fixés dans la directive dans le cadre des procédures d'appel d'offres. Selon le gouvernement, le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden ne pouvait en effet prévoir que la Bezirksregierung Weser-Ems refuserait de donner son approbation au projet alors que, lors de la présentation dudit projet, il n'avait fait valoir aucune objection. Le refus de la Bezirksregierung Weser-Ems de donner son approbation au projet ne peut, selon le gouvernement allemand, être considéré comme une circonstance *imputable aux pouvoirs adjudicateurs* puisque la Bezirksregierung Weser-Ems est une autorité administrative d'une région sur laquelle le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden, qui est une autorité fédérale, ne saurait exercer d'influence.

La Commission a par ailleurs indiqué que le refus de la Bezirksregierung Weser-Ems de donner son approbation définitive au plan d'approfondissement de l'Ems inférieure ne peut être considéré comme étant une circonstance que les pouvoirs adjudicateurs ne pouvaient avoir prévue, puisque le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden aurait dû tenir compte de la possibilité de la modification de l'attitude politique de la Bezirksregierung Weser-Ems en cause. La Commission a ajouté que la cause de l'urgence impérieuse résidait dans l'attitude des autorités allemandes puisqu'il s'agissait de circonstances qui pouvaient être imputées aux pouvoirs adjudicateurs.

22. Nous ajouterons à cet égard que, lors de la planification et de la mise en œuvre de projets publics importants, il existe un certain nombre d'éléments qu'il convient de prendre en considération. C'est pour tenir compte de ces éléments que la plupart des États membres ont prévu une procédure d'approbation desdits projets. L'objectif de ces procédures est de porter à la connaissance des autorités compétentes les intérêts publics et privés en cause et de les mettre en mesure de procéder à une pondération desdits intérêts entre eux. Au cours d'une procédure d'approbation, toutes sortes d'objections peuvent être soulevées. Il est possible qu'une telle procédure se déroule sans problème. Mais il est également possible que tel ne soit pas le cas. Un pouvoir adjudicateur ne saurait par conséquent d'emblée s'attendre à une issue précise d'une procédure d'approbation.

23. Les aspects de protection de l'environnement dans le cadre de la passation des marchés publics de travaux sont particulièrement importants de nos jours. Pour toute passation de marché important on peut par conséquent s'attendre à ce que, lors de la procédure d'approbation, des objections soient soulevées à l'encontre du projet du point de vue de l'environnement. Ces objections rendront nécessaires, dans de nombreux cas, des discussions plus approfondies ainsi que des études et éventuellement, des modifications ou même un abandon du projet.

En droit communautaire également, on a donné priorité à l'environnement et, par exemple, mis en œuvre la directive concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement [5], selon laquelle pour la réalisation de travaux de construction ou d'autres qui sont précisés et susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, il y a lieu de procéder à l'évaluation de ces influences avant de donner l'autorisation de réaliser les projets en cause.

Une procédure d'approbation impliquera la plupart du temps des choix des organes politiques qui, après avoir évalué tous les aspects d'un projet, devront prendre position sur la question de savoir s'ils peuvent les approuver. Dans la mesure où les changements d'attitude et de majorité font partie de la réalité politique, un pouvoir adjudicateur ne peut être assuré de mener à bien un projet tel qu'il a été prévu que lorsque l'ensemble des procédures d'approbation a eu lieu et que les institutions politiques ont approuvé de manière définitive et contraignante le projet en cause.

24. Dans la présente affaire, dès le moment où la décision de dragage de l'Ems inférieure a été prise, le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden savait qu'une procédure d'approbation des plans pour ce projet serait mise en œuvre. Il aurait dû par conséquent être clair pour le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden que des objections au projet, par exemple pour des motifs de protection de l'environnement, pouvaient être soulevées pendant toute cette période et qu'il y avait donc un risque que la Bezirksregierung Weser-Ems

5 — Directive 85/337/CEE du Conseil, du 27 juin 1985, (JO L 175, p. 40).

refuse en définitive d'approuver les plans de dragage de l'Ems inférieure. Le fait que la Bezirksregierung Weser-Ems n'ait pas présenté d'objections lors de la présentation du projet ne saurait, selon nous, constituer une base suffisante pour permettre au Wasser- und Schiffahrtsamt Emden d'exclure la possibilité que le gouvernement puisse refuser d'approuver le projet définitif et contraignant sur le plan légal lors de la procédure d'approbation qui suit la présentation du projet.

25. Le refus de la Bezirksregierung Weser-Ems de donner en définitive son accord au projet de dragage de l'Ems inférieure ne saurait par conséquent être considéré comme « résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs ».

26. Selon l'article 5, paragraphe 3, sous c), seconde phrase, les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas « être imputables aux pouvoirs adjudicateurs ». L'objectif de cette exigence est d'obtenir que les dérogations soient réservées aux cas dans lesquels les circonstances qui justifient l'urgence impérieuse sont dues à des circonstances extérieures, c'est-à-dire des circonstances qui sont hors du domaine sur lequel l'administration d'un État membre peut avoir une influence.

Il résulte de ce qui a été indiqué au point 24 ci-dessus qu'il est devenu nécessaire d'utiliser la procédure prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous c), en cause, au motif que le pouvoir adjudicateur n'avait pas tenu compte de l'éventualité que la Bezirksregierung Weser-Ems puisse refuser de délivrer l'avis conforme nécessaire de sorte qu'il a fallu mettre en œuvre un projet de dragage provisoire d'une partie de l'Ems inférieure. On peut, par conséquent, dire que c'est le comportement du pouvoir adjudicateur lui-même qui a eu pour conséquence que les procédures normales de passation des marchés n'ont pu être appliquées.

S'ajoute à cela le fait que, selon nous, ce n'est pas aux États membres qu'il incombe de faire une distinction entre une administration qui, dans un cas concret donné, est un pouvoir adjudicateur et d'autres autorités administratives de l'État membre en cause. Un État membre, qu'il soit un état fédéral ou non, doit pouvoir s'identifier avec toutes ses structures administratives. Un État membre doit par conséquent, selon nous, être responsable de l'ensemble des actes pris par ses différentes administrations. Un organe administratif ne doit pas pouvoir dégager sa responsabilité en faisant valoir qu'il ignore ce qu'un autre organe administratif fait ou a l'intention de faire.

La condition mentionnée à l'article 5, paragraphe 3, sous c), seconde phrase, à savoir que les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse « ne doivent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur » ne peut à notre avis par conséquent être considérée comme étant remplie.

27. Selon le gouvernement allemand, la dernière condition permettant d'appliquer la dérogation, à savoir que l'urgence impérieuse « *ne soit pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées visées au paragraphe 2* » était également remplie puisqu'il n'a pas été possible d'engager à temps la procédure de passation des marchés avant que la décision d'approbation ne soit applicable, c'est-à-dire le 15 août 1991. Cette date coïncidait avec la date à laquelle le marché a été adjugé. Le gouvernement allemand a fait valoir, à titre subsidiaire, qu'il n'était pas possible de respecter les délais prévus à l'article 15, paragraphe 1, pour les cas d'urgence, parce que, outre les 15 + 10 jours prévus à l'article 15, c'est-à-dire en tout 25 jours, il était en règle générale nécessaire, pour mener à bien la procédure prévue, de disposer de 14 jours pour étudier les demandes de participation, ainsi que de 5 jours pour une visite des lieux et de 28 jours pour examiner les offres qui avaient été présentées, c'est-à-dire, en tout de 72 jours.

28. La Commission a répondu à ces arguments que, dans tous les cas, il aurait été possible pour le pouvoir adjudicateur de respecter le délai prévu à l'article 15, paragraphe 1, pour les cas d'urgence puisque, entre le 21 juin 1991, date à laquelle il a été demandé aux six entreprises allemandes de faire une offre, et le 15 août 1991, date à laquelle le contrat a été attribué, le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden disposait de 55 jours pour mener à bien la procédure.

29. Nous partageons l'avis de la Commission, à savoir que le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden aurait pu entamer la procédure d'appel d'offres le 21 juin 1991. C'est en effet à cette date qu'il a lancé la procédure négociée en cause dans la présente affaire, sans publication d'un avis d'adjudication. Puisque la République fédérale d'Allemagne avait déjà lancé ce jour-là la procédure susmentionnée, sans attendre l'entrée en vigueur de la décision d'approbation du projet relatif au dragage provisoire d'une partie de l'Ems inférieure, cela ne pouvait pas faire obstacle à l'application d'une procédure avec avis d'adjudication dans laquelle la réalisation du projet dépendait de l'entrée en vigueur de l'approbation.

30. Le 21 juin 1991, le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden disposait de 55 jours pour mettre en œuvre une procédure d'adjudication. Ce nombre de jours aurait dû, à notre avis, être suffisant pour mettre en œuvre la procédure d'urgence prévue à l'article 15, paragraphe 1, puisque outre les 15 + 10 jours qui étaient mentionnés dans cet article, en tout 25 jours, on disposait encore de 30 jours pour, entre autres, examiner les demandes de participation et les offres parvenues au Wasser- und Schiffahrtsamt Emden.

La période de temps que le gouvernement allemand a indiqué comme étant nécessaire outre le délai de 25 jours prévu par l'article 15, paragraphe 1, semble plus importante que nécessaire. Pour justifier les calculs précités, le gouvernement allemand n'a indiqué que le fait qu'ils sont fondés sur une longue pratique du temps nécessaire lors de l'attribution de contrats de passation de marchés publics.

C'est cependant au gouvernement allemand qu'il incombe de rapporter la preuve qu'il n'était pas possible d'entamer la procédure d'urgence prévue à l'article 15, paragraphe 1, et, selon nous, le gouvernement allemand n'a pas fait apparaître de manière suffisante qu'il ne lui était pas possible de mettre en place la procédure avec avis d'adjudication dans les 55 jours dont il disposait entre le 21 juin 1991 et la signature du contrat le 15 août 1991, date à laquelle la décision d'approbation est entrée en vigueur.

31. En résumé, il y a lieu de constater que l'on ne saurait dire que les conditions prévues à l'article 5, paragraphe 3, sous c), de la directive pour l'attribution d'un contrat dans une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication n'étaient pas réunies.

Il convient par conséquent de suivre les conclusions de la Commission et, en ce sens, il y a lieu de condamner la République fédérale d'Allemagne pour infraction à la directive au motif que le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden a passé le marché public des travaux de dragage de l'Ems inférieure entre Papenbourg et Oldersum par une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication au *Journal officiel des Communautés européennes.*

Les dépens

32. La Commission a conclu à ce que la République fédérale d'Allemagne soit condamnée aux dépens. Conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

Conclusion

33. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons par conséquent à la Cour de rendre l'arrêt suivant:

« 1) La République fédérale d'Allemagne 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, modifiée par la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, du fait que le Wasser- und Schiffahrtsamt Emden a passé le marché public des travaux de dragage de l'Ems inférieure entre Papenbourg et Oldersum en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication au *Journal officiel des Communautés européennes.*

2) Il y a lieu de condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens ».