mise en demeure, laquelle ne peut nécessairement consister qu'en un premier résumé succinct des griefs, et rien n'empêche donc la Commission de détailler, dans l'avis motivé, les griefs qu'elle a déjà fait valoir de façon plus globale dans la lettre de mise en demeure.

2. Au sens de l'article 29, paragraphe 1, de la directive 71/305 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, l'attribution du marché sur le fondement des critères de l'offre économiquement la plus avantageuse suppose que le pouvoir adjudicateur puisse prendre une décision discrétionnaire sur base de critères qualitatifs et quantitatifs variables selon le marché et ne soit pas tenu par le seul critère quantitatif tiré de la moyenne du prix des offres présentées.

3. Les États membres sont tenus, en vertu de l'article 5 du traité CEE, de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission consistant, notamment, selon l'article 155 du traité, à veiller à l'application des dispositions du traité, ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci.

Lorsqu'à cette fin, une directive impose aux États membres une obligation d'information, permettant à la Commission de vérifier si la directive a été réellement et complètement mise en application, le fait pour un État membre de ne pas satisfaire à cette obligation est constitutif d'un manquement, même si la Commission a pu, en fait, prendre connaissance des dispositions d'application arrêtées par cet État.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ présentées le 13 février 1985*

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

A. La procédure dont il s'agit aujourd'hui a pour objet la mise en œuvre en Italie de la directive du Conseil, du 26 juillet 1971, « portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux » (JO L 185, 1971, p. 5 et suiv.).

Cette directive a déjà joué un rôle dans l'affaire 10/76 [1]. A cette occasion, son contenu a été suffisamment décrit pour que nous puissions ici nous borner à y renvoyer.

Une première loi italienne a été adoptée à cet égard le 2 février 1973. Cette loi a fait l'objet de la procédure juridictionnelle précitée qui — parce que, en vertu de son article 32, la directive devait être mise en œuvre avant le 29 juillet 1972 — s'est achevée par la constatation qu'en n'ayant pas mis en vigueur dans le délai prévu (12 mois à compter de la notification de la directive) les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive 71/305, la Répu-

* Traduit de l'allemand.

1 — Arrêt rendu le 22 septembre 1976 dans l'affaire 10/76, Commission des Communautés européennes/République italienne, Rec. 1976, p. 1359.

blique italienne avait manqué à une obligation qui lui incombe en vertu du traité.

Une nouvelle loi a ensuite été adoptée le 8 août 1977 et celle-ci — comme l'a déclaré la Commission — assurait correctement la mise en œuvre de la directive.

On n'en demeura cependant pas là puisque la loi n° 741 du 10 décembre 1981 devait modifier la situation juridique d'une manière telle que, lorsqu'elle en prit connaissance, la Commission estima que plusieurs dispositions de cette loi étaient incompatibles avec la directive précitée.

L'attention du gouvernement italien a été attirée sur ce point par un télex du 7 avril 1982 qui l'invitait à prendre position. Faute de réponse, la Commission a engagé par lettre du 17 décembre 1982 une procédure au titre de l'article 169 du traité CEE. Il y était indiqué avec quelles dispositions de la directive certaines dispositions de la loi italienne du 10 décembre 1981 (à savoir les articles 9, 10, paragraphes 1, 3, 4 et 5, les articles 11, 13, ainsi que 15, paragraphe 2) étaient incompatibles et il était affirmé que l'article 33 de la directive avait été enfreint parce que le gouvernement italien n'avait pas communiqué à la Commission le texte de la loi en question.

Le gouvernement italien a réagi à cet égard par une lettre du 24 février 1983. Le bien-fondé de la plupart des arguments de la Commission y était admis et l'attention de la Commission était attirée sur le fait qu'un avant-projet de loi portant modification de la loi critiquée avait déjà été élaboré.

La Commission, à laquelle une copie de l'avant-projet de loi précité avait été communiquée, a conclu de son examen que si ce projet était concrétisé dans une loi, une partie des griefs qu'elle avait soulevés deviendrait sans objet tandis qu'elle n'obtiendrait pas satisfaction pour une autre partie. Elle a, en tout cas, émis — parce que la procédure législative n'était pas achevée jusqu'à cette date —, le 2 août 1983 un avis motivé au sens de l'article 169 du traité CEE. Aucune modification de la situation juridique italienne n'étant intervenue au cours du délai fixé dans l'avis motivé, elle a, par ailleurs, saisi la Cour le 10 décembre 1983 et conclu à ce qu'elle déclare que la République italienne, en adoptant certaines dispositions en vue de la mise en œuvre de la directive 71/305 et en omettant de communiquer à la Commission les dispositions essentielles adoptées par l'Italie en matière de passation des marchés publics de travaux, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE.

Au cours de la procédure écrite devant la Cour, la partie défenderesse a reconnu le bien-fondé d'une série de griefs (notamment de ceux qui avaient trait aux articles 10, paragraphe 3, 4 et 5, ainsi qu'à l'article 13 de la loi n° 741). La Commission, à l'inverse, après avoir pris connaissance des déclarations du gouvernement italien, a concédé qu'il n'y avait pas lieu de maintenir certains de ses griefs (notamment celui qui concerne l'article 11 de la loi précitée et — en partie — le grief qui a pour objet l'article 9 de cette loi).

Au cours de la procédure orale, nous avons appris, par ailleurs, que la loi n° 687, portant modification de la loi n° 741 et des dispositions relatives au cautionnement provisoire et à la publication, a été adoptée le 8 octobre 1984. Comme la Commission l'a constaté, la plupart des points litigieux restants se sont ainsi trouvés réglés. En conséquence, il resterait à constater un manquement de la République italienne aux obligations qui lui incombent en vertu du traité en ce qui concerne un critère d'attribution déterminant [lequel était régi par l'article 10, paragraphe 1, de la loi n° 741 et figure, à la suite de la loi n° 687, dans

des termes en substance identiques dans l'article 24, paragraphe 1, sous b), modifié de la loi du 8 août 1977] et, d'autre part, la violation de l'article 33 de la directive après l'adoption de la loi n° 741.

Comme vous le savez, le gouvernement italien réfute ces deux griefs.

B. Ce reste du litige appelle de notre part les observations suivantes.

1. En ce qui concerne le premier des deux points litigieux précités, la partie défenderesse a soulevé, surtout *au cours de la procédure orale,* une *exception d'irrecevabilité.*

Selon le gouvernement italien, les dispositions critiquées de l'article 10, paragraphe 1, de la loi n° 741 (en vertu duquel l'article 24 de la loi du 8 août 1977 a été complété, en ce qui concerne les critères d'attribution, en ce sens que le marché pouvait également être attribué au concurrent présentant l'offre qui était égale à la moyenne des offres ou, à défaut, qui s'en rapprochait le plus, moyenne qui devait être calculée à partir de la moitié des offres présentant les plus fortes réductions) n'auraient, en effet, été considérées dans la lettre de mise en demeure comme incompatibles qu'avec l'article 29, paragraphe 3, de la directive qui dispose:

« Le critère du prix calculé selon les règles nationales en vigueur (procédure italienne de l'enveloppe secrète) peut être retenu pendant une période de trois ans après l'expiration du délai prévu à l'article 32 pour les marchés dont le montant estimé ne dépasse pas 10 millions d'unités de compte et pendant sept ans à partir de la même date pour les marchés dont le montant estimé est compris entre 1 et 2 millions d'unités de compte. »

Cela s'explique apparemment — c'est en ce sens que doit être comprise la lettre de la Commission — par le fait que l'article 4 de la loi n° 14 du 2 février 1973 (auquel les dispositions contestées de l'article 10 font référence) se réfère, pour sa part, à l'article 1[er], sous d), de la loi du 2 février 1973, où il est question d'une comparaison d'offres *secrètes* avec les valeurs moyennes au sens de l'article 4. Dans son avis motivé (comme dans la procédure devant la Cour), la Commission aurait, au contraire, soutenu exclusivement que le critère d'attribution en question ne correspondait à aucun des critères prévus à l'article 29, *paragraphe 1,* de la directive et qu'il n'était donc pas compatible avec cette disposition aux termes de laquelle:

« Les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés sont:

— soit uniquement le prix le plus bas;

— soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché: par exemple, le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique. »

La jurisprudence ne le permettrait pas. Elle exigerait, au contraire, que la lettre de *mise en demeure* définisse l'objet du litige pour que l'État membre intéressé puisse se défendre en temps utile. On ne saurait donc introduire une nouvelle causa petendi à un stade ultérieur de la procédure, c'est-à-dire invoquer une autre disposition de droit à l'appui d'un grief. Si la Commission modifiait son petitum de cette manière, en d'autres termes, si elle formulait une demande qui ne figure pas dans la lettre de mise en demeure, cela devrait être considéré comme irrecevable et — comme le montrerait également la jurisprudence — une telle démarche ne saurait pas non plus être rectifiée par le fait que l'État membre intéressé s'engage dans une discussion sur le grief modifié dans l'avis motivé.

Eu égard à la jurisprudence existante, cette appréciation semble effectivement pertinente, même si elle peut paraître exagérément stricte et formaliste. Il résulte de cette jurisprudence que la lettre de mise en demeure revêt dans la procédure au titre de l'article 169 du traité CEE une importance fondamentale pour cerner en fait et en droit la matière du procès. Elle a pour fonction de donner à l'État membre intéressé l'occasion de se défendre; ce n'est que dans la mesure où cette occasion a été donnée — en ce qui concerne les conclusions en fait et en droit — que l'on est en présence d'une procédure administrative régulière en tant que condition permettant la saisine de la Cour, et c'est pourquoi la procédure juridictionnelle ne peut avoir pour objet que ce qui a déjà été évoqué au cours de la procédure administrative.

D'ailleurs, nous n'avons pas non plus l'impression que l'arrêt rendu dans l'affaire 254/83 [2], et que la Commission invoque, ait comporté une modification déterminante de la jurisprudence et ce bien que, dans le cas en question — abstraction faite de ce que, dans la lettre de mise en demeure, on ait seulement fait grief du fait que les mesures, dont l'adoption était obligatoire, n'avaient pas été *communiquées* à la Commission —, l'arrêt (conformément à l'avis motivé) ait constaté une violation du traité en ce qui concerne tant la non-adoption de mesures que le défaut de leur communication. En effet, on pouvait parfaitement estimer, dans ce cas, que la lettre de mise en demeure, contrairement à ses termes, visait *tacitement* également la non-adoption des mesures non communiquées. En outre — lorsqu'il est apparu que déjà l'adoption des dispositions nécessaires, et pas seulement leur communication, faisait défaut —, il devait apparaître comme absurde de limiter néanmoins l'arrêt aux faits mentionnés en second lieu, lesquels, à défaut des premiers, sont en quelque sorte privés d'assise.

En ce qui concerne l'espèce présente, force est de reconnaître que dans la lettre de mise en demeure, la disposition italienne critiquée, qui a été mentionnée comme un fait, n'a été appréciée qu'à la lumière de l'article 29, *paragraphe 3,* de la directive et que c'est le seul aspect que le gouvernement italien a examiné dans sa lettre de réponse. Il est clair également que, par rapport à cela, le grief qui a été soulevé seulement dans l'avis motivé et selon lequel l'article 29, *paragraphe 1,* de la directive aurait été violé constitue un petitum tout à fait différent et que le gouvernement italien n'a pas pu s'exprimer à ce sujet au cours de la procédure administrative, précisément parce que la Commission n'a explicitement fait porter la discussion que sur l'article 29, paragraphe 3, de la directive. Faute d'une procédure administrative régulière, la demande tendant à ce qu'il soit déclaré que l'article 10, paragraphe 1, de la loi n° 741 est incompatible avec l'article 29, paragraphe 1, de la directive ne peut donc effectivement pas être considérée comme recevable.

Au demeurant, il y aurait eu lieu de le constater d'office, précisément parce qu'il s'agit, selon la jurisprudence citée, d'un problème de recevabilité; peu importe donc la circonstance que le gouvernement italien ait attiré l'attention sur ce fait seulement au cours de la procédure orale et qu'il ait soulevé seulement à cette occasion une exception d'irrecevabilité.

2. Eu égard à ce résultat auquel nous aboutissons pour le premier des deux points litigieux restants, nous n'examinerons qu'à titre subsidiaire et de façon relativement succincte la question de savoir si le grief que la Commission fait valoir à propos de l'article 10, paragraphe 1, de la loi n° 741 est pertinent ou si le gouvernement italien est fondé à soutenir que la disposition précitée

2 — Arrêt rendu le 3 octobre 1984 dans l'affaire 254/83, Commission des Communautés européennes/République italienne, Rec. 1984, p. 3395.

(dont l'essentiel a été maintenu dans la loi du 8 octobre 1984 — ce qui n'est évidemment pas en cause ici) est tout à fait compatible avec l'article 29, paragraphe 1, de la directive 71/305.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la disposition précitée a encore ajouté à l'article 24 de la loi du 8 août 1977 [qui mentionne comme critères d'attribution, sous a), le prix le plus bas et, sous b), l'offre économiquement la plus avantageuse] le critère du prix moyen qui est calculé à partir de la moitié des offres indiquant les prix les plus bas (c'est la méthode mentionnée à l'article 4 de la loi du 2 février 1973).

A cet égard, la Commission estime que cela ne correspond pas — précisément parce qu'il ne s'agit pas du prix *le plus bas* — au critère défini à l'article 29, paragraphe 1, premier tiret; mais cela ne serait pas compatible non plus avec le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, qui se trouve défini au deuxième tiret de la disposition précitée, car il s'agirait ici, en principe, seulement de critères qualitatifs et non pas purement quantitatifs, et si le prix joue un rôle dans ce contexte, il ne constituerait qu'un critère parmi *plusieurs* qui doivent être pesés dans le cadre d'une décision discrétionnaire.

Le gouvernement italien a rétorqué qu'en vérité, la réglementation critiquée n'avait pas introduit — comme le croit la Commission — un troisième critère d'attribution et qu'au contraire, elle demeurait tout à fait dans le cadre de l'article 29, paragraphe 1, deuxième tiret. Il en serait ainsi parce que — comme le montrerait, par exemple, l'élément « délai d'exécution » — les critères *qualitatifs* ne seraient nullement les seuls qui revêtent ici de l'importance. En l'occurrence, le prix serait explicitement mentionné aussi comme élément entrant en ligne de compte et il n'y aurait nullement lieu de penser qu'il ne pourrait être important qu'en combinaison avec d'autres éléments. La réglementation incriminée traduirait effectivement la fixation d'un critère pour l'offre économiquement la plus avantageuse parce que le prix assurerait ici une fonction différente de celle qu'il a en relation avec l'article 29, paragraphe 1, premier tiret: en effet, le *prix* correct *du marché* serait ainsi déterminé et l'exclusion d'offres extrêmement basses, qui peuvent difficilement avoir un caractère sérieux, permettrait d'attribuer le marché au soumissionnaire qui offre des garanties pour la réalisation sûre d'un projet.

A ce sujet, les termes et l'économie de la directive nous amènent à penser que le point de vue adopté par la Commission repose sur les meilleurs arguments. Il est clair que la directive ne prévoit que deux types de critères d'attribution. S'il s'agit exclusivement du prix, il est tout à fait clair qu'en vertu du premier tiret de l'article 29, paragraphe 1, seul le prix *le plus bas*, et nul autre, entre en ligne de compte. Mais dans la mesure où l'élément du « prix » importe également en vertu du deuxième tiret de l'article 29, paragraphe 1, c'est-à-dire avec l'offre économiquement la plus avantageuse, cela peut seulement signifier que cet élément peut revêtir, ici, de l'importance non pas isolément et — ce qui ne serait guère compréhensible — par dérogation au premier tiret, mais seulement en relation avec d'autres aspects (comme, par exemple, le délai d'exécution, les dépenses d'équipement, etc.) qu'il faut ensuite pondérer dans une décision discrétionnaire. Cette thèse est étayée notamment par l'article 29, paragraphe 2, qui prescrit ce qui doit être mentionné dans le cas prévu au deuxième tiret: à savoir, *tous* les critères d'attribution et, si possible, dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée. Cela indique effectivement que, selon le deuxième tiret de l'article 29, paragraphe 1, *plusieurs* critères ont, en principe, de l'importance. « L'offre économiquement la plus

avantageuse » au sens de cette disposition pourra donc difficilement être une offre qui est déterminée sur la base de la moyenne des prix calculée à partir de la moitié des offres présentées aux prix les plus bas.

Si, au demeurant, il y a lieu de concéder au gouvernement italien que le pouvoir adjudicateur peut avoir intérêt à exclure des offres extrêmement basses (parce qu'elles ne sont, souvent, pas sérieuses et font craindre une exécution douteuse des travaux adjugés), une dérogation au système de la directive telle que la prévoit la loi italienne n° 741 n'est certainement pas nécessaire à cette fin. On peut, au contraire, également en tenir compte par la fixation de prix minimaux qui — d'après les explications de la Commission — est courante dans la pratique italienne. A cet égard, l'objection selon laquelle il en résulterait des difficultés, parce que le niveau des prix peut varier considérablement en raison de la dévaluation monétaire au cours de la période entre l'avis de marché et la réalisation d'un projet, ne nous paraît pas non plus fondée. En effet, on pourrait y remédier, d'une part, par une certaine accélération des procédures, qui ne doivent pas nécessairement se prolonger jusqu'à un an, comme cela semble être souvent le cas en Italie. Par ailleurs, dès lors qu'elle fixe un prix minimal, l'administration devrait être en mesure, également, de prévoir une majoration au regard de l'évolution probable de la dépréciation monétaire sur une période prévisible, de même qu'une telle prise en considération est également attendue des entreprises candidates puisque, en vertu de la réglementation incriminée, un prix moyen se rapprochant le plus des conditions de marché doit être déterminé à partir des prix qu'elles proposent.

Il conviendrait donc de retenir — au cas où il y aurait effectivement lieu d'apprécier le bien-fondé de cette partie de la demande — que l'article 10, paragraphe 1, de la loi n° 741 n'était pas compatible avec l'article 29, paragraphe 1, premier tiret de la directive et n'a pas satisfait aux exigences énoncées à l'article 29, paragraphe 1, deuxième tiret. Par ailleurs, il conviendrait d'admettre que la Commission a un intérêt à une telle constatation même après l'abrogation de la loi n° 741 parce que le gouvernement italien a, en substance, maintenu la réglementation incriminée dans l'article 2 de la loi du 8 octobre 1984.

3. Le deuxième point litigieux qu'il reste encore à examiner concerne l'article 33 de la directive, aux termes duquel:

« Les États membres veillent à communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive. »

A ce propos, l'essentiel — des problèmes de recevabilité n'apparaissent pas à cet égard — peut être dit en quelques phrases.

Il est indubitable que la loi italienne de l'année 1981 relève du champ d'application de l'article 33 de la directive parce qu'elle a manifestement été adoptée dans un domaine auquel la directive se réfère et parce qu'elle a même modifié, en dérogeant partiellement au droit communautaire, une législation conforme à ce dernier. Il n'est pas contesté, non plus, que le gouvernement italien n'a pas communiqué à la Commission le texte de la loi précitée. Il est donc établi que l'article 33 de la directive a été violé et qu'à cet égard, une procédure au titre de l'article 169 du traité CEE a été introduite à bon droit.

On ne peut pas affirmer non plus qu'il s'agit simplement de la violation d'une obligation de moindre importance. Les fonctions que remplissent les dispositions du genre de celles de l'article 33 de la directive, sont tout à fait claires: elles visent à faciliter à la Commission le contrôle de l'exécution de directives qui, autrement, ne peut pas être exercé d'une manière suffisamment efficace

— compte tenu du grand nombre de tels actes communautaires — dans dix ordres juridiques dont les réglementations sont souvent peu claires. Nous renvoyons à cet égard à l'arrêt rendu dans l'affaire 96/81 [3]. La Cour y a souligné à propos de faits analogues que les États membres sont tenus, en vertu de l'article 5 du traité CEE, de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission. A cette fin — poursuit l'arrêt —, la directive (dont il s'agissait à l'époque) impose une obligation d'information. Les informations devraient, en outre, être claires et précises, c'est-à-dire qu'elles doivent indiquer sans ambiguïté les dispositions entrant en ligne de compte, car autrement la Commission ne serait pas en mesure de vérifier si une directive a été réellement et complètement mise en œuvre.

Enfin, il est clair également que le fait que la Commission ait néanmoins eu connaissance — mais, apparemment, seulement au mois de mars 1982 — d'une autre manière de la réglementation italienne incriminée n'a pas eu pour effet de rendre l'infraction décrite non avenue et ne constitue donc aucune justification, de même qu'il n'y a pas lieu d'insister sur le fait — compte tenu de l'importance de la disposition en cause — que la Commission demande à juste titre, la constatation de sa violation pour attirer — de nouveau — l'attention sur l'importance de telles dispositions.

4. Quelques mots doivent, enfin, encore être consacrés à la décision sur les dépens dans cette affaire.

A cet égard, il faut, d'une part, se souvenir du fait que le gouvernement italien a, d'emblée, admis le bien-fondé de trois des huit griefs (dont un qui comportait deux parties) initialement soulevés et que, en conséquence — au regard également d'un autre grief et demi —, la situation juridique italienne a été modifiée en octobre 1984. D'autre part, il importe de relever que la Commission a été amenée à reconnaître qu'un grief et demi a été soulevé à tort et qu'il y a lieu de constater l'irrecevabilité d'un grief au regard du déroulement de la procédure administrative.

Compte tenu de cette situation de fait qui ne permet guère de considérer que la Commission a, en substance, obtenu gain de cause, il ne nous paraît pas justifié de mettre à la charge de la République italienne, partie défenderesse, la totalité des dépens. Il semble, en revanche, adéquat de mettre à la charge de la République italienne la moitié des frais exposés par la Commission en raison de la procédure, la Commission devant, au demeurant, supporter également ses propres frais.

5. En conséquence, nous proposons à la Cour de statuer comme suit:

Il y a lieu de rejeter comme irrecevable la demande tendant à faire constater que l'article 10, paragraphe 1, de la loi italienne du 10 décembre 1981 est incompatible avec l'article 29, paragraphe 1, de la directive 71/305. Il y a lieu de constater, en revanche, que la République italienne, en s'abstenant de communiquer à la Commission le texte de la loi qu'elle a adopté le 10 décembre 1981, a violé l'article 33 de la directive précitée.

La Commission doit supporter la moitié des frais qu'elle a exposés en raison de la procédure; l'autre moitié est mise à la charge de la République italienne qui doit, en outre, supporter ses propres frais.

3 — Arrêt rendu le 25 mai 1982 dans l'affaire 96/81, Commission des Communautés européennes/Royaume des Pays-Bas, Rec. 1982, p. 1791.