CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CLAUS GULMANN

présentées le 12 mai 1993 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. En 1988, l'Ufficio del Genio Civile de Bolzano, un service relevant du ministère italien des Travaux publics, a passé un marché public de travaux avec l'entreprise italienne Collini et Rabbiosi SpA pour la construction d'une barrière pare-avalanches dans la région dite « Alpe Gallina », à Colle Isarco/Brennero, qui est une région importante du point de vue du trafic et du tourisme. Le contrat a été passé sans publication préalable de l'avis d'appel d'offres dans le *Journal officiel des Communautés européennes.* La Commission a formé le présent recours en demandant qu'il soit constaté que la République italienne avait manqué de ce fait 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].

2. Le titre III de la directive 71/305 fixe des règles de publication, au *Journal officiel des Communautés européennes,* des marchés publics de travaux que les pouvoirs adjudicateurs des États membres souhaitent passer. Le but de ces dispositions est de permettre aux entrepreneurs de la Communauté d'être informés des travaux envisagés et de participer éventuellement à la procédure d'adjudication. L'article 12 prévoit notamment que les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public de travaux par voie d'adjudication, font connaître leur intention au moyen d'un avis, lequel doit être envoyé à l'Office des publications officielles des Communautés européennes qui le publie ensuite au *Journal officiel des Communautés européennes.*

3. Le gouvernement italien, qui ne conteste pas que les travaux en cause relèvent de la directive, a fait valoir que l'absence de publication d'un avis d'appel d'offres est fondée sur l'article 9, sous d), de la directive qui autorise les pouvoirs adjudicateurs à passer leurs marchés de travaux sans appliquer les dispositions relatives à la publicité « dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs n'est pas compatible avec les délais exigés par d'autres procédures ».

4. Il résulte de la jurisprudence de la Cour et il n'est pas contesté par le gouvernement italien que

— en tant que dérogation aux règles de la directive, cette disposition doit être interprétée strictement [2],

— la charge de prouver l'existence effective de circonstances exceptionnelles justi-

* Langue originale: le danois.

1 — JO L 185, p. 5. La directive a été mise en œuvre en Italie par la loi n° 584 du 8 août 1977. L'importante modification apportée à la directive par la directive 89/440/CEE du Conseil est postérieure à l'époque pertinente pour la présente affaire.

2 — Voir l'arrêt de la Cour du 10 mars 1987, Commission/Italie, point 14 (199/85, Rec. p. 1039).

fiant la dérogation incombe à celui qui entend s'en prévaloir 2,

— les conditions fixées à l'article 9, sous d), pour déroger aux règles de la directive sont cumulatives [3].

5. Le gouvernement italien a fait valoir que les travaux de réalisation d'une barrière pare-avalanches dans l'Alpe Gallina devaient nécessairement commencer en septembre 1988 et que cela rendait impossible le respect de l'exigence, inscrite dans la directive, de publication d'un avis d'appel d'offres.

Le gouvernement italien a expliqué que, si l'on voulait que la réalisation de la barrière pare-avalanches soit suffisamment avancée, avant l'arrivée de l'hiver, pour permettre d'obtenir pendant l'hiver 1988/1989 « des données relatives au régime des vents entre les cotes 2030 et 2400 et au comportement des dépôts neigeux après la réalisation des travaux d'ensemble », il fallait commencer les travaux en septembre au plus tard. La réunion de ces données était une condition préalable à la réalisation du projet et le gouvernement italien a souligné que, si l'on avait dû repousser cette première partie des travaux jusqu'après l'hiver 1988/1989, tout le projet aurait été retardé d'une année [4]. A cet égard, le gouvernement italien a indiqué qu'entre le 21 septembre 1988, date du début des travaux [5], et le 4 novembre 1988, où il a fallu les suspendre en raison de l'hiver, des travaux représentant 28 % du coût du projet total ont été réalisés [6].

Le gouvernement italien a en outre expliqué que ce n'est qu'à la parution d'un rapport du 9 juin 1988 du Service géologique du ministère de l'Environnement italien qu'on s'est rendu compte à quel point il était urgent de faire ériger une barrière pare-avalanches dans l'Alpe Gallina. Selon le gouvernement italien, il résulte du rapport que les caractéristiques géologiques de la région concernée, inconnues jusqu'alors, rendaient le risque d'avalanches hautement probable, concret et imminent et que le Service géologique recommandait « une intervention d'urgence ». Le gouvernement italien a exposé que, jusqu'au 9 juin 1988, on estimait qu'il n'y avait qu'un risque général d'avalanches dans l'Alpe Gallina et qu'avant la parution de ces résultats de la première enquête géologique dans la région, on ne pouvait pas prévoir qu'il s'agissait d'un danger concret et imminent.

Le gouvernement italien a fait valoir que, conformément aux conditions fixées à cet égard à l'article 9, sous d), de la directive, il y avait ainsi à la fois une *urgence impérieuse* et *des événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs* et que, dans la période entre le 10 juin 1988, date de présentation du rapport, et septembre 1988,

3 — Voir l'arrêt de la Cour du 18 mars 1992, Commission/Espagne, point 13 (C-24/91, Rec. p. I-1989).

4 — Le gouvernement italien a expliqué que les renseignements nécessaires ont été recueillis entre le 1.12.1988 et le 30.4.1989 et ont fait apparaître la nécessité de modifier le projet initial sur une série de points. Les travaux de réalisation de la barrière pare-avalanches ont d'ailleurs pris environ trois ans et se sont terminés en octobre 1991.

5 — Le gouvernement italien a indiqué que le contrat lui-même n'a été signé que le 10.11.1988.

6 — Le dossier comporte une décision du 28.9.1988 de la commune de Brennero relative à la suspension immédiate des travaux. La décision est motivée par référence à l'absence d'un permis de construire nécessaire. Lors de l'audience, le gouvernement italien a expliqué qu'en dépit de cette décision, les travaux ont continué sans interruption jusqu'au 4.11.1988, où, comme cela a été dit, ils ont dû être interrompus du fait de l'hiver. D'ailleurs, la décision de la commune de Brennero a été suspendue par décision du Consiglio di Stato n° 733, du 15.11.1988 et, le 10.4.1989, la Corte costituzionale italienne a constaté la légalité des travaux.

où les travaux devaient impérativement commencer, il n'était pas possible de mettre en œuvre une procédure de publicité conforme à la directive.

6. La Commission conteste que les conditions de l'article 9, sous d), sont satisfaites et elle a présenté une série d'arguments en ce sens qui sont repris dans le rapport d'audience. Il suffit, à notre avis, de mentionner ici que la Commission a signalé que plus de trois mois s'étaient écoulés entre la date à laquelle le Service géologique a présenté son rapport, le 10 juin 1988, et le début des travaux, le 21 septembre 1988, et que la Commission a fait valoir que, dans ces circonstances, le gouvernement italien ne pouvait se prévaloir de l'urgence impérieuse pour se dispenser de suivre la procédure de publicité prévue par la directive, puisque celle-ci n'entraîne pas des délais excessifs. La Commission a souligné qu'une application de la procédure accélérée relative à la procédure restreinte prévue à l'article 15 de la directive permet de réduire les délais à 22 jours au total, à savoir un délai de douze jours pour la réception des demandes de participation, compté à partir du jour de l'envoi de l'avis à l'Office des publications des Communautés européennes, et un délai de dix jours pour la réception des offres, à compter de la date de l'invitation[7].

7. Pour prendre position en l'espèce il convient, à notre avis, de partir de la prémisse qu'il était absolument nécessaire de débuter les travaux en septembre 1988. Dans une situation où, d'une part, des études scientifiques montrent qu'il existe un risque d'avalanches sérieux et où, d'autre part, les autorités d'un État membre estiment qu'il est nécessaire de commencer immédiatement les travaux pour parer aux avalanches, il serait inacceptable que l'exigence de publicité de la directive puisse avoir pour conséquence que ces travaux soient reportés d'un an avec le risque accru de dommages pour les hommes et les biens qui en résulterait. La disposition de l'article 9, sous d), a précisément pour objectif d'éviter une telle situation. Dans cette mesure, on peut donc dire que la nécessité de commencer les travaux en septembre 1988 constitue une *urgence impérieuse.*

Toutefois, l'article 9, sous d), n'exige pas seulement qu'il existe une urgence impérieuse, mais également que cette urgence impérieuse ne soit « *pas compatible avec les délais exigés par d'autres procédures* » (c'est nous qui soulignons). Il s'agit de savoir si le gouvernement italien s'est acquitté de la preuve, dont la charge lui incombe, que l'urgence impérieuse en question était incompatible avec le respect des règles de publicité de la directive. Nous estimons que cette question doit recevoir une réponse négative. Même si l'on devait considérer comme établi que le rapport du Service géologique constituait en fait un événement imprévisible en ce sens que les données qu'il comportait étaient nouvelles et que c'est sur cette base que l'administration italienne a décidé que les travaux devaient commencer en 1988, nous ne pensons pas que le gouvernement italien a prouvé qu'il n'était pas possible, entre le 10 juin 1988 et le 21 septembre 1988, c'est-à-dire pendant une période de *trois mois et onze jours,* de mettre en œuvre une procédure de publication conformément à la procédure accélérée prévue à l'article 15 de la directive, dont les délais sont de *22 jours* au total.

8. Le gouvernement italien a expliqué que la procédure administrative nationale

7 — Voir l'arrêt de la Cour du 18 mars 1992, Commission/Espagne, point 15 (C-24/91, Rec. p. I-1989).

permettant d'adjuger le marché a pris trois mois, ce qui, selon lui, était bien plus court que d'habitude. Le gouvernement italien affirme donc que, si l'on avait suivi les règles de la directive en matière de publicité, il n'aurait pas été possible de commencer les travaux avant l'hiver 1988/1989 et ce, qu'on ait choisi ou non la procédure accélérée de l'article 15. Dans la duplique, le gouvernement italien a précisé que la procédure nationale nécessaire concrètement comportait notamment « la préparation des avant-projets et des projets d'exécution des travaux à confier, le choix du contractant, les clauses du contrat d'adjudication et leur approbation, ainsi que l'adoption du décret d'engagement des dépenses » — en d'autres termes « toute la procédure... de l'avant-projet à l'adoption du décret qui approuve le contrat et les dépenses... ».

Lors de l'audience, le gouvernement italien a précisé que le projet de travaux a été élaboré le *18 juin 1988*, qu'il a été approuvé par le comité technique administratif de l'Inspection des travaux publics de Trente le *26 juin 1988*[8], et que les moyens financiers ont été mis à la disposition de l'autorité compétente le *22 juillet 1988*.

9. Permettez-nous à cet égard de remarquer en premier lieu qu'il devait être possible d'engager une procédure d'appel d'offres conforme aux règles de la directive au plus tard le 22 juillet 1988, date à laquelle le projet de travaux était au point et les moyens financiers mis à la disposition des autorités. Même si la procédure d'appel d'offres conforme à la procédure accélérée de l'article 15 de la directive n'avait été engagée qu'à cette date, elle aurait pu être terminée vers la mi-août, c'est-à-dire plus d'un mois avant la date prévue pour le début des travaux. En ce qui concerne les autres éléments de la procédure administrative nationale, dont le gouvernement italien n'a mentionné expressément que « les clauses du contrat d'adjudication et leur approbation », ce gouvernement n'a pas expliqué, et encore moins démontré, pourquoi il n'était pas possible de réaliser ces différentes étapes en même temps que la procédure d'appel d'offres, de telle sorte que le début des travaux n'en soit pas encore plus retardé.

Permettez-nous en second lieu de remarquer que le gouvernement italien n'a pas donné de raison expliquant pourquoi le « décret d'engagement des dépenses » par lequel les moyens financiers nécessaires ont été mis à la disposition des autorités, n'a pu être adopté que le 22 juillet 1988. Il ressort du dossier que le montant de 10,5 milliards LIT, pour la construction de la barrière pare-avalanches dans l'Alpe Gallina a déjà été autorisé par la loi financière n° 67 du *11 mars 1988*. On peut en outre estimer que les autorités italiennes avaient une obligation légale de faire de leur mieux pour respecter les règles communautaires et donc de mettre en place à cet égard, dans la mesure du possible, les bases nécessaires pour une procédure d'appel d'offres de manière à ce que cette procédure puisse se dérouler dans le respect de la directive. Eu égard à cette obligation, un délai de plus d'un mois pour l'adoption d'un décret de cette nature ne semble pas justifié.

Permettez-nous d'ailleurs de dire que nous avons été amené à nous demander s'il était

8 — Et non pas le 26.4.1988 comme indiqué dans la réponse de l'Italie à la lettre de mise en œuvre de la Commission, voir le télex du 15.3.1990 de la Représentation permanente italienne à la Commission.

bien nécessaire d'attendre l'adoption d'un « décret d'engagement des dépenses » avant de pouvoir entamer une procédure d'appel d'offres — et le gouvernement italien n'a pas produit de motif satisfaisant sur ce point. Eu égard à la loi financière qui avait été adoptée et surtout compte tenu de ce qu'il s'agissait d'un projet urgent, il nous paraît difficile de comprendre pourquoi la procédure d'appel d'offres ne pouvait pas être engagée dès le 18 juin 1988, date à laquelle le projet de construction était au point, avec éventuellement une mention expresse, dans l'avis d'appel d'offres, de ce que la réalisation des travaux dépendait de l'approbation finale des autorités budgétaires.

10. Dans ces circonstances, nous estimons qu'on peut faire droit aux conclusions de la Commission au simple motif que le gouvernement italien ne s'est pas acquitté de la preuve qui lui incombait, que l'urgence impérieuse alléguée était incompatible avec les délais prévus dans le cadre de la procédure accélérée de l'article 15 de la directive [9].

11. Si la Cour devait estimer que le gouvernement italien s'est acquitté de la preuve qui lui incombait, en démontrant qu'il n'était pas possible de mener à bien une procédure d'appel d'offres conformément aux dispositions de la directive entre le 10 juin 1988 et le 21 septembre 1988, il conviendrait alors de se demander dans quelle mesure le rapport du Service géologique constituait un *événement imprévisible* au sens de l'article 9, sous d), de la directive.

12. Il semble que la Commission conteste qu'un rapport scientifique de ce type puisse constituer un événement imprévisible au sens de la directive. Une telle conception nous paraît indéfendable. Un rapport scientifique dont les conclusions sont nouvelles et imprévisibles par rapport aux bases de connaissances antérieures pourrait d'après nous motiver et justifier une dérogation aux règles de la directive.

13. Ce n'est toutefois pas déterminant dans le contexte de la présente espèce. Il est en effet douteux en soi que le rapport en question ait vraiment eu l'importance que lui prête le gouvernement italien.

A cet égard, il importe de garder à l'esprit que l'article 9, sous d), exige la présence « de l'urgence impérieuse *résultant* d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs » (c'est nous qui soulignons). En d'autres termes, on y exige un lien de causalité entre l'événement imprévisible invoqué par le gouvernement italien et l'urgence impérieuse présente en l'espèce. Indépendamment de la question de savoir si les pouvoirs adjudicateurs pouvaient ou non prévoir le contenu du rapport du Service géologique, une réunion des conditions de l'article 9, sous d), implique nécessairement que l'appréciation des pouvoirs et leur décision quant à la nécessité de commencer les travaux en 1988 devaient *résulter de* la production de ce rapport. A notre avis, les informations disponibles sur les circonstances de l'affaire permettent de considérer comme établi que le gouvernement italien n'a pas prouvé que c'est le rapport qui a amené les autorités italiennes à estimer qu'il était nécessaire de commencer les travaux en 1988. Au contraire, ces informations

9 — Voir dans le même sens, l'arrêt de la Cour du 18 mars 1992, Commission/Espagne, point 14 (C-24/91, Rec. p. I-1989).

montrent que la nécessité de commencer les travaux en 1988 a été perçue avant la présentation du rapport le 9 juin 1988, que les autorités compétentes avaient déjà commencé à élaborer le projet avant cette date et qu'elles avaient donc suffisamment de temps pour mener à bien une procédure de publication conforme aux règles de la directive.

Nous nous appuyons en cela sur les indications suivantes:

— l'Ufficio del Genio Civile di Bolzano a élaboré un rapport dès le *4 mars 1986* où il concluait que, dans l'Alpe Gallina, il existe « un danger objectif d'avalanches susceptibles d'affecter, selon une périodicité de 50 ans, les voies de communication du fond de la vallée » et que « l'auteur est d'avis que sont actuellement réunies les conditions d'urgence et d'impossibilité de différer l'exécution des travaux de réalisation de pare-avalanches au moins à Alpe Gallina, pour assurer la nécessaire sécurité des voies de communication avec les pays situés au-delà des Alpes » [10].

— Le *3 avril 1987* une réunion a eu lieu à la demande de l'assessore regionale et avec la participation du maire de Brennero, du président de l'Auto-Brennero et du chef du département ANAS-Bolzano, et au cours de cette réunion « les motifs de l'urgence des travaux et de l'impossibilité de les différer ... ont été admis ... » [11].

— Le *22 janvier 1988* le maire de Brennero a exposé ce qui suit dans sa lettre n° 186: « Ayant appris que dans la loi de finances bis de 1988 ... il a été prévu une dépense de 10 500 000 000 LIT pour la réalisation de pare-avalanches dans l'Alpe Gallina ... et compte tenu du fait que ces travaux revêtent un caractère d'urgence ... l'administration communale de Brennero prie ... les administrations compétentes de prévoir ... les instruments techniques et administratifs nécessaires pour que *les travaux soient immédiatement entamés et poursuivis au cours de la présente saison*, en attribuant les travaux avec la plus haute urgence, sans les retards propres à d'autres types d'attribution, *gagnant ainsi une année entière* et faisant disparaître pour le futur le grave danger d'avalanches dans cette zone. Cette rapidité ne peut être, à notre avis, obtenue qu'en recourant ... aux engins qui ont déjà effectué, à la satisfaction générale et en avance sur les délais prévus, des interventions analogues dans des zones voisines, toujours dans la commune de Brennero » (c'est nous qui soulignons) [12].

— Le *11 mars 1988*, comme nous l'avons dit, la loi de finances a affecté 10,5 milliards LIT à la construction d'une barrière pare-avalanches à Alpe Gallina. Au cours de l'audience, le gouvernement italien a expliqué que ce montant avait été réparti sur trois ans, soit 5 milliards de LIT en 1988, 3 milliards de LIT en 1989 et 2,5 milliards de LIT en 1990.

10 — Ce rapport a été présenté en annexe à la réponse du gouvernement italien aux questions de la Cour.

11 — Voir le télex du 15.3.1990 de la Représentation permanente de l'Italie à la Commission.

12 — Cette lettre est jointe en tant qu'annexe 2 à la réponse du gouvernement italien aux questions de la Cour. Nous remarquons à cet égard qu'il ressort du rapport précité du 4.3.1986 que le 24.1.1980 un contrat a été passé pour des travaux contre les avalanches dans les régions voisines avec l'entreprise Collini et Rabbiosi, avec laquelle a été également passé le contrat litigieux ici.

— Le *10 mai 1988*, le Service géologique était invité à élaborer le rapport en question en ce qui concerne les conditions géologiques de la région.

En d'autres termes, le rapport a été élaboré après la décision de construire une barrière pare-avalanches, et vraisemblablement à cette occasion, et tout indique que c'était précisément sur cette base que devait être élaboré le projet de travaux. D'ailleurs, il y a de bonnes raisons de penser qu'avant la sortie du rapport le 9 juin 1988, on disposait déjà d'une partie importante des bases techniques et scientifiques nécessaires pour l'élaboration du projet de travaux, car il semble peu probable que, dans le cas contraire, un projet de travaux ait pu être élaboré dans le bref laps de temps compris entre le 10 juin 1988, date de présentation du rapport, et le 18 juin 1988, date à laquelle, selon les informations données par le gouvernement italien lui-même, le projet de travaux était au point.

La façon dont tout s'est déroulé montre à notre avis que les autorités savaient depuis longtemps qu'il était urgent de construire une barrière pare-avalanches dans l'Alpe Gallina et qu'il était admis, dès l'adoption de la loi de finances en mars 1988, que ces travaux devaient commencer en 1988. Ainsi, dès janvier 1988, le maire de Brennero avait appelé l'attention sur l'importance de « gagner une année ». Il s'y ajoute qu'en répondant, le 15 mars 1990, à la lettre de mise en demeure de la Commission, le gouvernement italien n'a aucunement donné l'impression que le rapport du 9 juin 1988 ait pu être déterminant. Au contraire, le gouvernement italien expose dans cette lettre que le rapport du 9 juin 1988 a simplement confirmé « les motifs de l'urgence et de l'impossibilité de différer » qui étaient connus depuis mars 1986 et ce n'est que dans son mémoire en défense que le gouvernement italien soutient que ce rapport a été déterminant pour la décision des autorités de faire commencer les travaux en 1988.

14. Dans ces circonstances, nous pensons pouvoir conclure que, indépendamment de la question de savoir si le rapport du 9 juin 1988 a montré que le risque d'avalanches dans l'Alpe Gallina était plus sérieux qu'on ne l'avait crû jusqu'alors, ce rapport n'a pas été déterminant pour l'appréciation des autorités et leur décision en ce sens que la construction d'une barrière pare-avalanches devait débuter en 1988. Tout indique que cette décision a été prise assez tôt pour permettre de mener à bien sans difficultés une procédure de publication conforme aux règles de la directive, sans empêcher que les travaux débutent en septembre 1988.

15. C'est pourquoi nous proposons à titre subsidiaire à la Cour de faire droit aux conclusions de la Commission au motif que le gouvernement italien n'a pas démontré le lien de causalité nécessaire entre l'événement imprévisible invoqué par ce gouvernement et l'urgence impérieuse présente en l'espèce, preuve qui lui incombait.

Conclusions

Nous proposons donc à la Cour

— de constater qu'en décidant de conclure un marché de travaux publics pour la réalisation d'une barrière pare-avalanches à Colle Isarco/Brennero sans envoyer un avis d'appel d'offres à l'Office des publications officielles 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, et

— de condamner la République italienne aux dépens.