# RAPPORT D'AUDIENCE
## présenté dans l'affaire C-24/91 *

## I — Faits et procédure

### 1. *Cadre juridique*

1. La directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971 (JO L 185, p. 5, ci-après « directive »), a coordonné les procédures de passation des marchés publics de travaux, conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public, sur la base des principes suivants: interdiction des spécifications techniques ayant un effet discriminatoire, publicité suffisante des marchés et élaboration de critères objectifs de participation.

2. La directive, qui s'applique aux marchés d'un montant égal ou supérieur à un million d'écus, prévoit, dans le titre III (articles 12 à 19), entre autres mesures, une publicité adéquate des appels d'offres donnant à tous les entrepreneurs intéressés de la Communauté la possibilité d'être informés de la procédure et éventuellement d'y participer.

3. En vertu de l'article 12 de la directive, les avis de marchés doivent être envoyés à l'Office des publications officielles des Communautés européennes, qui en assure la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* au plus tard neuf jours après la date d'envoi. L'article 15 prévoit la possibilité d'une procédure accélérée qui ramène ce délai de neuf à cinq jours, et qui ramène respectivement à douze et à dix jours les délais de réception des demandes de participation ou des offres.

4. L'article 9 de la directive exempte une série de cas de l'application de ces dispositions en matière de publicité. Plus précisément, l'article 9, sous d), prévoit une dérogation, « 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 ».

5. Entre-temps, la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989 (JO L 210, p. 1), a modifié la directive 71/305. Cette nouvelle directive, qui doit être transposée en droit national par le royaume d'Espagne au plus tard le 1er mars 1992, a modifié le champ d'application financier de l'ancienne directive. Le seuil d'application financier a été porté de 1 million d'écus à 5 millions d'écus.

### 2. *Antécédents du litige*

6. Le 9 février 1989, le rectorat de l'université Complutense de Madrid a approuvé l'exécution de travaux d'agrandissement et de transformation de la faculté des sciences politiques et de sociologie et de l'école de travail social, pour un budget total de 430 256 250 PTA. Ce montant avait été mis

* Langue de procédure: l'espagnol.

à sa disposition par le ministère de l'Éducation en janvier 1989.

7. Le 27 février 1989, cette université a lancé un appel à la concurrence pour ces travaux sous la forme d'un avis publié dans quatre journaux espagnols.

8. Par lettre du 13 mars 1989, la Commission a demandé à la représentation permanente d'Espagne pourquoi les travaux susmentionnés n'avaient pas fait l'objet d'une publication dans le *Journal officiel des Communautés européennes.*

9. Par lettre du 29 septembre 1989, la représentation permanente a répondu qu'une telle publication n'était ni obligatoire ni nécessaire pour le marché en question.

10. Le 6 décembre 1989, la Commission a engagé la procédure de l'article 169 du traité CEE en envoyant une lettre de mise en demeure au gouvernement espagnol.

11. Celui-ci a répondu le 22 janvier 1990. Dans sa réponse, le gouvernement espagnol fait état de la nécessité pour l'université de terminer au plus vite les travaux d'agrandissement et de transformation, avant le début de la nouvelle année académique. Cette urgence aurait justifié le recours à la passation du marché de gré à gré.

12. Compte tenu de cette réponse, la Commission a émis, le 15 octobre 1990, un avis motivé.

13. Le 27 novembre 1990, le gouvernement espagnol a répondu à l'avis motivé, en évoquant de nouveau l'urgence des travaux en cause.

14. Le gouvernement espagnol n'ayant pas admis les objections soulevées par la Commission, celle-ci a décidé de saisir la Cour du présent recours.

3. *Procédure écrite*

15. Le recours de la Commission a été enregistré au greffe de la Cour le 23 janvier 1991.

16. Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans procéder à des mesures d'instruction préalables.

## II — Conclusions des parties

17. La Commission, *partie requérante,* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater qu'en raison de ce que le rectorat de l'université Complutense de Madrid a décidé d'attribuer par une procédure de gré à gré un marché de travaux ayant pour objet l'agrandissement et la transformation de la faculté des sciences politiques et de sociologie et de l'école de travail social de ladite université, omettant ainsi la publication d'un avis de marché au *Journal officiel des Communautés européennes,* le royaume d'Espagne a manqué aux obli-

gations 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 notamment de ses articles 9 et 12 à 19;

— condamner le royaume d'Espagne aux dépens de l'instance.

18. Le gouvernement espagnol, *partie défenderesse,* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter la requête introduite par la Commission;

— condamner la Commission aux dépens.

**III — Moyens et arguments des parties**

19. La *Commission* observe tout d'abord que la finalité essentielle des directives communautaires en matière de marchés publics est d'instaurer une transparence permettant à la fois l'égalité des conditions de participation à ces marchés et le contrôle par les autorités communautaires compétentes du respect de cette obligation. Le neuvième considérant de la directive précise, à cet égard, que le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés.

20. La Commission estime que les pouvoirs adjudicateurs espagnols ne se rendent pas suffisamment compte du caractère fondamental de ce principe de transparence, puisqu'ils omettent régulièrement de faire publier les avis de marchés dans le *Journal officiel des Communautés européennes.* Le cas d'espèce est révélateur de cette tendance générale, qui s'explique par la façon dont l'Espagne a transposé les dispositions de la directive en droit national. En effet, les mesures de transposition espagnoles créent une situation confuse quant à l'appréciation de la nécessité d'une procédure de gré à gré.

21. L'article 9, sous d), de la directive permet de recourir à une telle procédure. La Commission souligne toutefois que, selon l'arrêt du 10 mars 1987, Commission/Italie (199/85, Rec. p. 1039), cette disposition doit 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.

22. La Commission estime qu'en l'espèce les conditions d'application de cette disposition dérogatoire n'étaient pas établies. A cet égard, elle fait valoir en premier lieu que ni le grand nombre d'étudiants qui désirent suivre des cours de sciences politiques et de sociologie, ni le besoin de créer une infrastructure d'accueil ne constituent une « urgence impérieuse » au sens de cette disposition. Les problèmes relatifs à un afflux d'étudiants existaient depuis des années, de sorte que l'arrivée d'une nouvelle promotion ne faisait qu'aggraver une situation déjà existante. Les autorités universitaires auraient donc dû prendre les mesures nécessaires depuis longtemps. L'urgence dont elles se prévalent résulte donc de leur propre manque de diligence. En outre, le recours à un marché de gré à gré ne s'imposait pas, car ces autorités disposaient

d'autres moyens pour faire face à cette situation urgente. Elles auraient, par exemple, pu loger les nouveaux étudiants dans des locaux provisoires ou lancer un appel d'offres sur la base de crédits prévisionnels pour commencer les travaux nécessaires plus tôt.

23. La Commission fait valoir en second lieu que les problèmes de capacité de l'université n'étaient pas imprévisibles pour le rectorat. En effet, les nouveaux étudiants doivent s'inscrire au mois de juin qui précède la nouvelle année académique. Le rectorat pouvait donc déjà se faire une idée du nombre de nouveaux étudiants en juin 1988 pour l'année académique 1988/1989, de sorte qu'il aurait pu prendre des mesures appropriées plus tôt. Par ailleurs, l'augmentation de leur nombre pour la rentrée 1989 était proportionnellement insignifiante. A cet égard, la Commission précise encore que, compte tenu de la situation générale de l'université Complutense, les problèmes de surpopulation n'avaient rien d'exceptionnel ou d'imprévisible.

24. La Commission soutient en troisième lieu que le rectorat aurait pu publier l'avis de marché dans le *Journal officiel des Communautés européennes* selon la procédure accélérée de l'article 15 de la directive. Les délais abrégés de cette procédure permettent aux pouvoirs adjudicateurs de satisfaire aux obligations de publicité en moins de un mois. Ce délai était tout à fait compatible avec le calendrier des travaux prévu par le rectorat. En effet, selon le calendrier établi par l'architecte en charge du projet, il fallait compter sept mois et demi pour effectuer les travaux, qui devaient être terminés avant la rentrée d'octobre 1989. Puisque les crédits nécessaires avaient été octroyés en janvier 1989, il restait donc un mois et demi pour la procédure d'adjudication de l'article 15.

25. Le *gouvernement espagnol* précise que la façon dont la directive a été transposée en droit national ne fait pas l'objet du présent litige. La Cour ne doit donc pas tenir compte du commentaire de la Commission sur la compatibilité ou l'incompatibilité de la législation espagnole avec la directive.

26. Le gouvernement espagnol fait valoir ensuite que le principe de transparence n'a pas un caractère absolu. Il ne s'agit que de l'un des trois principes sur lesquels est fondée la coordination des procédures nationales de marchés publics, les autres étant l'interdiction des spécifications techniques qui exercent un effet discriminatoire et l'instauration d'une procédure qui permet de veiller en commun à l'application des deux autres principes. En outre, la directive elle-même permet des exceptions à la règle générale de publicité, lorsque l'on juge que cette publicité pourrait faire obstacle à ce que divers objectifs qualifiés de prioritaires soient normalement atteints.

27. L'article 9, sous d), de la directive permet une telle exception. Si la Cour a jugé dans son arrêt du 10 mars 1987, Commission/Italie, précité, que cette dérogation est d'interprétation stricte, elle n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par urgence au sens de cette disposition. Or, le cas d'espèce soulève précisément un problème d'interprétation de cette notion.

28. A cet égard, le gouvernement espagnol estime que le rectorat de l'université Complutense se trouvait dans une situation qui devait être qualifiée d'urgente et qui justifiait le recours à la procédure du marché de gré à gré, conformément à l'article 9, sous d). En effet, il s'est avéré en 1989 que la capacité de la faculté était tout à fait inadaptée au nombre d'étudiants tenant à suivre des cours de sciences politiques et de sociologie. Si l'on n'avait pas remédié immédiatement à cette situation, il en serait résulté l'impossibilité pour des étudiants de la nouvelle promotion d'octobre 1989 de participer à ces cours. Il était également impossible de loger ces étudiants provisoirement ailleurs, en raison du manque de locaux disponibles dans les autres facultés.

29. Il était donc impératif que les travaux d'agrandissement soient achevés avant la rentrée d'octobre. Puisque l'exécution de ces travaux allait prendre sept mois et demi et que les crédits nécessaires n'ont été accordés qu'en janvier, le rectorat s'est trouvé contraint de passer le marché de gré à gré. Le gouvernement espagnol précise, à cet égard, que le rectorat ne pouvait pas commencer les travaux sur la base de crédits prévisionnels avant janvier 1989, puisque le droit budgétaire espagnol ne connaît pas le système des crédits prévisionnels.

P. J. G. Kapteyn
Juge rapporteur