CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 8 novembre 2006 [1]

I — Introduction

1. La Commission des Communautés européennes a formé un recours sur le fondement de l'article 226 CE, afin de faire constater par la Cour que la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 49 CE ainsi que des directives du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (92/50/CEE, du 18 juin 1992) [2], de fournitures (93/36/CEE, du 14 juin 1993) [3], de travaux (93/37/CEE, du 14 juin 1993) [4] et dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (93/38/CEE, du 14 juin 1993) [5].

2. Selon la Commission, le manquement découle des articles 2, paragraphes 1 et 5, 17, paragraphe 12, 27, paragraphe 2, 28, paragraphe 4, 30, paragraphe 6 bis, 37 ter et 37 quater, paragraphe 1, de la loi-cadre sur les travaux publics (legge quadro in materia di lavori pubblici) (loi nº 109/94, du 11 février 1994) [6]. Le recours est fondé sur les griefs suivants: 1) l'exclusion des marchés mixtes du champ d'application de la loi nº 109/94, si les travaux accessoires représentent plus de 50 % du prix; 2) l'attribution directe de travaux ou d'ouvrages au titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement, si ces tâches ont une valeur inférieure aux seuils d'application de la directive 93/37; 3) le mode d'attribution des tâches de conception, de direction et de vérification des travaux dont les montants

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO L 209, p. 1, telle que modifiée par les directives 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997 (JO L 328, p. 1), et 2001/78/CE de la Commission, du 13 septembre 2001 (JO L 285, p. 1); elle a été abrogée, à l'exception de son article 41, avec effet au 31 janvier 2006, par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

3 — JO L 199, p. 1, modifiée également puis abrogée par les directives mentionnées à la note précédente.

4 — JO L 199, p. 54, modifiée également puis abrogée par les directives mentionnées à la note 2.

5 — JO L 199, p. 84, telle que modifiée par les directives 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 (JO L 101, p. 1), et 2001/78, puis abrogée par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1).

6 — GURI nº 41, du 19 février 1994; telle que modifiée à plusieurs reprises.

sont inférieurs aux seuils communautaires; 4) l'attribution de la direction des travaux au concepteur du projet, lorsque ni le pouvoir adjudicateur ni d'autres administrations publiques ne peuvent l'assumer; 5) le mode d'attribution des travaux de vérification à des tiers, et 6) le système de concession des travaux financés par des fonds privés.

3. Ces griefs soulèvent deux questions d'intérêt général qui méritent un examen plus détaillé: les critères d'application des règles communautaires sur les marchés publics aux marchés mixtes et le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés dont le montant est inférieur aux seuils prévus par les directives.

II — Le cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

1. Le traité CE

4. Aux termes de l'article 43, premier alinéa, CE, «[d]ans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre».

5. L'article 49, premier alinéa, CE dispose que, «[d]ans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation».

2. Les directives sur les marchés publics

6. Les directives 92/50, 93/36, 93/37 et 93/38 ont été adoptées afin de mettre en œuvre simultanément, dans le domaine des marchés publics, la liberté d'établissement et la libre prestation de services consacrées par les articles 43 CE et 49 CE. Parmi toutes les dispositions de ces directives, il y a lieu d'accorder une attention particulière aux règles qui en définissent les champs d'application respectifs et qui fixent des seuils d'exclusion différents pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux chiffres indiqués (articles 7 de la directive 92/50, 5 de la directive 93/36, 6 de la directive 93/37 et 14 de la directive 93/38).

7. Je ferai référence à d'autres dispositions concrètes en analysant les moyens invoqués à l'appui du recours.

B — *La législation italienne*

8. Les directives susmentionnées ont été transposées dans l'ordre juridique italien par la loi n° 109/94, telle que modifiée par l'article 7 de la loi n° 166, du 1er août 2002 [7].

1. Les marchés mixtes

9. L'article 2, paragraphe 1, de la loi n° 109/94, qui délimite les contours de la notion de travaux publics, y inclut les activités de construction, de démolition, de récupération, de restructuration, de restauration et d'entretien; il étend le champ d'application de la loi aux marchés mixtes de travaux, de fournitures et de services ainsi qu'aux marchés de fournitures ou de services comprenant des travaux accessoires estimés à plus de 50 % du prix.

10. L'article 3, paragraphe 3, du décret-loi n° 157, du 17 mars 1995 [8], énonce les mêmes dispositions pour les marchés mixtes de travaux et de services ainsi que pour les marchés de services qui prévoient des travaux accessoires.

2. Les travaux d'équipement

11. L'article 2, paragraphe 5, de la loi n° 109/94 exclut de son champ d'application: a) les interventions directement exécutées par des particuliers en déduction de contributions liées à des actes d'habilitation à l'exercice d'activités de construction; b) les interventions faisant suite aux obligations visées à l'article 28, paragraphe 5, de la loi n° 1150, du 17 août 1942 [9], et c) les interventions analogues à celles qui précèdent. Si le montant, considéré individuellement lorsqu'il y a plusieurs ouvrages, est supérieur aux seuils communautaires, l'attribution doit être effectuée conformément à la directive 93/37.

12. À cet égard, il ressort des articles 1er et 31 de la loi n° 1150/42 ainsi que des articles 3

7 — Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti, GURI n° 181, du 3 août 2002.

8 — Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, GURI n° 104, du 6 mai 1995.

9 — Legge urbanistica, GURI n° 244, du 16 octobre 1942.

et 11 de la loi nº 10, du 28 janvier 1977 [10], que le titulaire du permis peut réaliser lui-même les travaux d'équipement en en déduisant le coût, totalement ou partiellement, des taxes dues.

3. Les tâches de conception, de direction et de vérification des travaux dans le cas des marchés d'un montant inférieur aux seuils communautaires

13. L'article 17, paragraphe 12, de la loi nº 109/94 autorise les organismes compétents à attribuer les services de conception et de direction des travaux dont le montant estimé est inférieur à 100 000 euros aux sujets visés au paragraphe 1, sous d), e), f) et g), après s'être assurés de l'expérience et de la capacité professionnelle du sujet retenu et avoir motivé ce choix.

14. En outre, l'article 30, paragraphe 6 bis, de ladite loi permet de confier les tâches de vérification aux bureaux techniques des organismes adjudicateurs ou aux organismes de contrôle visés au point a) de ce même paragraphe; lorsque les seuils communautaires ne sont pas atteints, ces tâches peuvent être attribuées à des personnes bénéficiant de la confiance de l'organisme adjudicateur.

4. La direction des travaux

15. Selon l'article 27, paragraphe 2, de la loi nº 109/94, si les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent assumer, dans les cas prévus à l'article 17, paragraphe 4, la direction des travaux, ils les confient, dans l'ordre: 1) à d'autres administrations publiques; 2) au concepteur chargé du dossier au sens de l'article 17, paragraphe 4; ou 3) à d'autres sujets retenus conformément à la réglementation nationale.

5. Les activités de vérification

16. En vertu de l'article 28, paragraphe 4, de la loi nº 109/94, les opérations d'essai sont confiées à un, deux ou trois techniciens hautement et spécifiquement qualifiés en fonction du type, de la complexité et du montant des travaux; ils sont nommés par les pouvoirs adjudicateurs à l'intérieur de leurs propres structures, sauf en cas de manque de personnel constaté et certifié par le responsable de la procédure.

17. Ces règles doivent être complétées par l'article 188 du décret nº 554 du président de la République, du 21 décembre 1999 [11], qui

10 — Norme per la edificabilità dei suoli, GURI nº 27, du 29 janvier 1977.

11 — Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni, GURI nº 98, du 28 avril 2000.

met en œuvre la loi n° 109/94. Il ressort des paragraphes 1, 3, 8, 9, 11, 12 et 13 de ladite disposition que, dans les trente jours à compter de la fin des travaux, l'organisme adjudicateur attribue les tâches de vérification à ses collaborateurs, en fonction du type, de la catégorie, de la complexité et du montant des interventions et sur la base de critères fixés au préalable; si personne ne remplit les conditions requises, il est fait appel à des spécialistes extérieurs, qui figurent sur des listes du Ministero dei Lavori Pubblici (ministère des Travaux publics), des régions et des provinces autonomes. L'organisme adjudicateur identifie le ou les professionnels qui remplissent les conditions requises et qui ont obtenu leur diplôme depuis au moins dix ans — s'il s'agit de travaux d'un montant égal ou supérieur à 5 000 000 d'euros ou de travaux comprenant des structures — ou depuis au moins cinq ans — s'il s'agit de travaux d'un montant inférieur à 1 000 000 d'euros; ces professionnels sont soumis à diverses interdictions. En l'absence de liste, l'organisme adjudicateur peut attribuer discrétionnairement les tâches en question à quiconque remplit les conditions prévues.

6. Les travaux financés par des fonds privés

18. Les articles 37 bis, 37 ter et 37 quater de la loi n° 109/94 traitent de l'attribution des travaux publics financés, en tout ou en partie, par des personnes privées.

19. L'article 37 bis permet à des personnes privées de présenter aux pouvoirs adjudicateurs des propositions de réalisation de travaux publics ou de travaux d'utilité publique et de signer les contrats correspondants, qui prévoient le financement et la gestion des travaux; le pouvoir adjudicateur publie un avis indicatif suffisamment à l'avance.

20. L'article 37 ter décrit la procédure de sélection du promoteur. En premier lieu, les propositions sont évaluées sous différents angles: construction, urbanisme, environnement, qualité du projet, fonctionnalité, finalité, accessibilité au public, rendement, coût de gestion et d'entretien, durée de la concession, délais de réalisation des travaux, tarifs applicables, méthode de révision des tarifs et valeur économique des plans. Après s'être assuré qu'aucun élément n'empêche la réalisation de la proposition et après avoir entendu le promoteur, si ce dernier le souhaite, le pouvoir adjudicateur fait ressortir la proposition qu'il juge d'intérêt public; dans ce cas, selon l'article 37 quater, paragraphe 1, il met en œuvre une procédure restreinte destinée à susciter deux autres offres. La concession est attribuée par une procédure négociée au cours de laquelle la proposition du promoteur et les deux autres offres sont examinées, avec la particularité, résultant de l'article 37 ter, in fine, que l'adjudication est faite en faveur du promoteur qui, au cours de la procédure, s'adapte aux changements voulus par le pouvoir adjudicateur.

III — La procédure précontentieuse

21. La Commission, après avoir reçu plusieurs plaintes relatives aux effets de la loi nº 109/94 et pris connaissance du projet visant à la modifier, s'est adressée, le 12 avril 2002, aux autorités italiennes afin de leur indiquer que certaines dispositions de cette loi étaient incompatibles avec le droit communautaire.

22. La République italienne, par lettre du 17 juin 2002 et lors d'une réunion tenue à Rome le 23 juillet suivant, s'est déclarée disposée à modifier en conséquence la loi nº 109/94.

23. À la suite de l'adoption de la réforme en cause au moyen de la loi nº 166/2002, la Commission a estimé que certaines dispositions de ladite loi étaient contraires à l'ordre juridique communautaire. Le 19 décembre 2002, elle a fait parvenir une lettre de mise en demeure à la République italienne. Le 15 octobre 2003, non satisfaite de la réponse obtenue, elle a adressé à cet État membre un avis motivé, avant de saisir la Cour d'un recours en manquement au titre de l'article 226 CE.

IV — La procédure devant la Cour

24. Le recours, qui a été enregistré le 24 septembre 2004, vise à faire constater que, en ayant adopté les dispositions visées aux articles 2, paragraphe 1; 17, paragraphe 12; 27, paragraphe 2; 30, paragraphe 6 bis; 37 ter et 37 quater, paragraphe 1, de la loi nº 109/94, modifiée en dernier lieu par l'article 7 de la loi nº 166/2002; 2, paragraphe 5, de la loi nº 109/94, modifiée en dernier lieu par les dispositions combinées des lois nºs 166/2002, 1150/42 et 10/77, ultérieurement modifiées et complétées; 28, paragraphe 4, de la loi nº 109/94, lu en combinaison avec les articles 188 du DPR nº 554/99, 7 de la loi précitée nº 166/2002, et 3, paragraphe 3, du décret-loi nº 157/95, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 93/37, 93/36, 92/50 et 93/38, des articles 43 CE et 49 CE et des principes de transparence et d'égalité de traitement qui en constituent le corollaire. La Commission demande également la condamnation de la République italienne aux dépens.

25. Dans son mémoire en défense, déposé le 16 décembre 2004, la partie défenderesse invite la Commission à se désister du recours et, à titre subsidiaire, demande à la Cour de constater la conformité des modifications apportées à la législation italienne critiquée dans l'avis motivé et de rejeter les griefs ayant trait à l'«article 2, paragraphe 5, de la loi nº 109/94».

26. Le mémoire en réplique a été déposé le 26 janvier 2005 et le mémoire en duplique le 16 mars suivant.

27. Par ordonnance du 6 avril 2004, le président de la Cour a autorisé le Royaume des Pays-Bas — qui a déposé ses observations le 14 juillet 2005 — et la République de Finlande — qui en a fait de même le 18 juillet 2005 — à intervenir à l'appui des conclusions de la République italienne [12], qui a elle-même formulé des observations sur ces interventions le 14 septembre 2005.

28. Après la clôture de la procédure écrite, aucune des parties n'a demandé à être entendue en ses observations orales et, le 11 juillet 2006, l'affaire était en état pour la rédaction des présentes conclusions.

V — Les marchés mixtes

29. L'autonomie de la volonté entraîne l'apparition de nouvelles figures contractuelles qui conjuguent les éléments de diverses catégories [13] en vue d'atteindre plus facilement les objectifs poursuivis par les contractants.

30. Il existe d'innombrables combinaisons possibles en fonction du contenu des obligations [14], car il peut arriver qu'un seul acte juridique en englobe plusieurs, qu'il y ait une pluralité d'objets et que, dans cette situation, chacun comporte différentes prestations.

31. La principale difficulté consiste à identifier les dispositions applicables, desquelles dépendent certains effets comme le recours à une procédure plus rigoureuse ou l'exclusion de certains soumissionnaires.

32. Cette identification peut être opérée sur la base du critère de la combinaison, en utilisant des dispositions d'origines diverses sur des éléments d'un même marché, ou sur la base du critère de l'absorption, en

12 — La République française a également été admise à intervenir, mais elle n'a pas présenté d'observations.

13 — Pour Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, éd. Ariel, Barcelone, 1994, p. 456, la catégorie, en tant que mode de pensée, est utilisée «pour caractériser plus précisément certains types de rapports juridiques et, plus particulièrement, certains types de droits subjectifs et de rapports d'obligation de nature contractuelle».

14 — Moreno Molina, J. A., et Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, éd. La Ley, Madrid, 2002, p. 36, soulignent que ces contrats offrent une palette riche et complexe.

observant la réglementation du marché auquel appartient l'élément prépondérant [15].

33. Le premier critère insiste sur la singularité de chaque catégorie, mais, compte tenu des graves inconvénients qu'il comporte, il n'est habituellement pas utilisé, sauf, par exemple, dans le cas des marchés qui, sous une apparence formelle d'unité, en regroupent plusieurs.

34. Le second critère est normalement utilisé dans des situations plus complexes, comme celles qui sont expressément envisagées dans les directives, qui se fondent sur l'objet du marché:

— Un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services relève de la directive 92/50, lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché [16].

— Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation relève de la directive 93/36 [17].

— Un marché public ayant pour objet des services et comportant des travaux accessoires relève de la directive 92/50 [18].

— Un marché public ayant pour objet une concession de travaux publics relève des règles particulières de publicité énoncées dans la directive 93/37 [19].

35. En outre, la directive 92/50 prévoit que, si un même marché incorpore des services figurant à l'annexe II A et à l'annexe II B, le montant de ces services détermine les règles d'adjudication applicables [20] (article 10) [21]. La directive 93/38 contient une disposition analogue (article 17).

15 — García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, éd. Tirant lo Blanch, Valence, 2003, p. 91.

16 — Article 1er, paragraphe 2, sous d), deuxième alinéa, de la directive 2004/18.

17 — Article 1er, paragraphe 2, sous c), deuxième alinéa, de la directive 2004/18.

18 — Article 1er, paragraphe 2, sous d), troisième alinéa, de la directive 2004/18.

19 — Article 1er, paragraphe 3, et titre 3 (articles 56 à 65) de la directive 2004/18.

20 — L'avocat général Mischo, aux points 31 à 36 de ses conclusions dans l'affaire Felix Swoboda (arrêt du 14 novembre 2002, C-411/00, Rec. p. I-10567), a opéré une distinction entre cette hypothèse, dans laquelle les dispositions applicables sont identifiées dans la directive elle-même, et les hypothèses précédentes, dans lesquelles c'est la directive en cause qui est indiquée. La Cour, dans la même optique, a souligné dans son arrêt que la directive 92/50 «fournit un critère univoque de détermination du régime applicable à un marché composé de services divers», basé sur leur valeur (point 52), refusant de se fonder sur l'«objet principal du marché» (point 49).

21 — Article 22 de la directive 2004/18.

36. Toutefois, ces alternatives n'épuisent pas les possibilités envisageables, de sorte que, face aux lacunes des directives, qui n'énoncent pas non plus de cadre commun à tous les marchés publics [22], le législateur national doit préciser le régime des autres types de marchés mixtes, tâche pour laquelle il dispose d'une large marge d'appréciation, limitée par les directives et par le traité.

37. Il convient de souligner que les directives se fondent sur l'objet principal du marché et, lorsque cet objet est multiple ou qu'il implique plusieurs prestations, sur celles dont le montant est le plus élevé. Le recours à ces deux critères permet de définir le champ d'application matériel des directives.

38. En effet, l'objet principal constitue l'élément central autour duquel s'articule le contrat [23]. Ainsi, dans son arrêt du 19 avril 1994, Gestión Hotelera Internacional [24], la Cour, examinant un contrat portant à la fois sur une cession de biens et l'exécution de travaux [25], a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de privilégier ces travaux lorsqu'ils revêtent un caractère accessoire, bien que cette circonstance doive être appréciée par le juge national (points 26 à 29). Il convient toutefois de nuancer cette prise de position, car le régime applicable ne dépend pas de la qualification des travaux ou des ouvrages comme étant «accessoires» [seizième considérant de la directive 92/50 et article 1er, sous a), in fine, de la directive 93/36]. Par conséquent, cet arrêt doit être entendu en ce sens que les obligations accessoires ne sont pas aptes à déterminer les règles applicables, qui doivent être identifiées selon le critère de la prévalence [26].

39. S'agissant du montant des prestations, cet élément apparaît, eu égard à la fonction essentielle qu'il remplit — inclure ou non le marché public dans le champ d'application des directives —, comme un critère objectif à ne pas négliger dans le cadre de l'identification de l'objet ou de la prestation principale. En ce sens, la Cour, dans son arrêt du 18 novembre 1999, Teckal [27], interprétant a contrario l'article 2 de la directive 92/50, a jugé qu'un marché public ayant pour objet à

22 — Indépendamment de ce que prévoient les droits civils nationaux. Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, tome I, éd. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, p. 382, abordant le problème sous l'angle de cette branche du droit, mentionne l'article 1323 du code civil italien, selon lequel «tous les contrats, même ceux qui ne relèvent pas d'un régime particulier, sont soumis aux dispositions générales contenues dans le présent titre» (le titre II du livre des obligations).

23 — Article 1er, sous a), des directives 93/36 et 93/37; article 1er, point 4, de la directive 93/38; dixième considérant et article 1er, paragraphe 2, de la directive 2004/18.

24 — C-331/92, Rec. p. I-1329.

25 — Au point 19 de ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général Lenz a estimé que la question préjudicielle portait sur l'adjudication des concessions pour l'ouverture et l'exploitation d'un établissement de jeux, ainsi que pour l'exploitation d'un hôtel, impliquant l'obligation de réaliser des travaux de transformation.

26 — Greco, G., «Contratti 'misti' e appalti comunitari», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 1265, soutient que le critère de la prévalence est le plus approprié pour définir le régime applicable dans la plupart des cas de marchés mixtes, car celui tenant au caractère accessoire des prestations est très souvent insuffisant.

27 — C-107/98, Rec. p. I-8121.

la fois des produits et des services relève des dispositions applicables aux premiers, lorsque la «valeur» des produits est supérieure à celle des services (point 38), affirmation maintenue dans l'arrêt du 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei [28] (points 31 et 47).

41. Par conséquent, le recours en manquement pour violation de l'ordre juridique communautaire possède un vaste champ d'application matériel, car il ne concerne pas seulement la catégorie du droit dérivé, à l'intérieur de laquelle les directives constituent le terrain idéal pour ce type de procédures.

42. On comprend ainsi que la requérante ait omis d'invoquer la non-conformité de la réglementation italienne à certaines dispositions des directives sur les marchés publics et se soit attachée à établir la violation des principes de droit communautaire sous-tendant les articles 43 CE et 49 CE.

VI — Les principes de droit communautaire applicables aux marchés exclus

A — *Le recours en manquement pour violation des principes de droit communautaire*

40. Il ressort de l'article 10 CE que l'appartenance à la Communauté implique deux obligations pour les États qui en sont membres: l'une, positive, d'adopter «toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant» du traité ou «résultant des actes des institutions»; l'autre, négative, de s'abstenir «de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts» poursuivis. Les articles 226 CE et 227 CE autorisent la Commission et les États membres à saisir la Cour lorsqu'ils estiment que l'un des États a manqué à ces obligations.

43. En effet, en partant du constat selon lequel le régime juridique des marchés publics diffère en fonction de la soumission de ces derniers aux directives conformément à la législation nationale de transposition, la Commission fonde son recours sur l'absence de disposition expresse imposant le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés exclus en raison de leur montant.

B — *Les principes de transparence et d'égalité de traitement appliqués aux marchés exclus*

44. Dans de précédentes conclusions, j'ai soutenu que le développement d'une

28 — C-340/04, Rec. p. I-4137.

concurrence ouverte dans le domaine des marchés publics ne peut être effectif que si les candidats à l'adjudication se trouvent sur un pied d'égalité, sans qu'aucun d'eux ne bénéficie d'une quelconque préférence injustifiée; à cet égard, il ne suffit pas que la procédure obéisse à des règles équilibrées, il faut également que la publicité soit assurée [29].

45. La Cour a déjà abordé en d'autres occasions la question de l'incidence des principes de transparence et d'égalité de traitement dans le domaine de l'attribution des marchés publics qui, en raison de leur montant, ne relèvent ni des directives ni, par voie de conséquence, des règles de transposition.

46. Dans son arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress [30], la Cour a considéré que, s'agissant des marchés publics exclus du champ d'application de la directive 93/38, «les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier» (point 60). Aux termes de l'arrêt du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S [31], ce principe implique une «obligation de transparence» qui permet d'en assurer le respect (point 31) et qui garantit, selon le premier arrêt précité, «en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication» (point 62). À ce titre, comme la Cour l'a déclaré dans son arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen [32], l'absence totale de mise en concurrence «n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence» (point 50), même si, selon l'arrêt du 21 juillet 2005, Coname [33], la transparence n'impose pas l'«obligation de procéder à un appel d'offres» (point 21).

47. Ces principes, confirmés par la suite [34], sont donc fondés sur la distinction entre les marchés publics relevant des champs d'application respectifs des directives, qui doivent être soumis aux procédures prévues dans ces textes, et ceux qui en sont exclus, qui ne sont concernés que par les principes fondamentaux [35].

29 — Points 24 à 29 et 21 à 26 de mes conclusions dans les affaires Lombardini et Mantovani (arrêt du 27 novembre 2001, C-285/99 et C-286/99, Rec. p. I-9233) et ATI EAC e.a. (arrêt du 24 novembre 2005, C-331/04, Rec. p. I-10109), respectivement.

30 — C-324/98, Rec. p. I-10745. Dans cet arrêt, la Cour s'est principalement penchée sur la question de l'inclusion du marché public concerné, compte tenu de son objet spécifique — «la fabrication et la publication de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques)» (point 19) —, dans le champ d'application de la directive 93/38 et non dans celui de la directive 92/50 (points 31 à 40).

31 — C-275/98, Rec. p. I-8291.

32 — C-458/03, Rec. p. I-8585.

33 — C-231/03, Rec. p. I-7287.

34 — Voir, entre autres, arrêt du 6 avril 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303, point 18).

35 — Voir, dans le même sens, ordonnance du 3 décembre 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505, points 19 à 21).

C — *La portée de l'obligation de respecter la transparence et l'égalité*

48. L'obligation d'assurer la transparence et l'égalité dans l'attribution des marchés publics qui échappent aux règles spécifiques étant reconnue, il convient de délimiter les contours de cette obligation en examinant si elle doit se refléter dans le droit écrit.

49. Dans l'arrêt Coname, précité, la Cour n'a pas dissipé cette incertitude, malgré l'étude détaillée menée par l'avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions. Toutefois, plusieurs affaires actuellement pendantes pourraient ranimer le débat [36].

50. À la différence de ces affaires, qui concernent des marchés publics déterminés, le présent litige revêt un caractère plus large qui oblige à prendre en considération les directives et le traité.

1. La référence aux directives

51. Comme la Cour l'a souligné dans son arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau [37], l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics n'est pas seulement la libre circulation des services, mais aussi l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (point 44) [38].

52. La lecture des directives révèle toutefois l'absence d'une codification complète au sein de l'Union européenne [39]. En effet, celles-ci concernent essentiellement l'attribution — même si elles influencent également les autres étapes telles que l'exécution du marché —, excluent certains marchés et, enfin, ne contiennent pas de dispositions générales applicables aux marchés exclus.

53. La limitation de la réglementation à la préparation de l'appel d'offres, à la procédure et aux types d'adjudication, qui ressort de

36 — Affaires Commission/Irlande (C-507/03) et Commission/Irlande (C-532/03), dans lesquelles il est reproché à cet État membre l'attribution de marchés de services sans aucune publication d'un avis préalable; l'avocat général Stix-Hackl a présenté ses conclusions dans ces deux affaires le 14 septembre 2006. Voir, également, l'affaire Commission/Finlande (C-195/04), dans laquelle l'audience s'est tenue le 8 juin dernier et qui concerne l'attribution d'un marché portant sur des équipements de restauration collective.

37 — C-26/03, Rec. p. I-1.

38 — Bien que ces dispositions remplissent d'autres objectifs, comme la sauvegarde des intérêts financiers de l'administration, en modérant les prix; García-Trevijano Garnica, J. A., «Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión», dans *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, coor. Pendás, B., éd. Praxis, Barcelone, 1995, p. 258

39 — Millett, T., «Les marchés publics en droit communautaire», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 452, octobre-novembre 2001, p. 630. Piñar Mañas, J. L., dans l'ouvrage collectif *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª éd., éd. Civitas, Madrid, 2004, p. 79, observe cependant que les directives «ouvrent la voie à un régime commun des marchés publics».

l'intitulé même des directives, se justifie par le fait qu'il s'agit des phases qui influencent la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement, la libre prestation de services et les principes découlant de ces libertés.

54. De même, on peut comprendre l'exclusion de certains marchés en raison de leur objet sensible — tels que les marchés secrets ou ceux qui exigent des mesures de sécurité particulières —, en raison du fait qu'ils relèvent d'autres directives — par exemple en matière de télécommunications — ou en raison de leur montant — au motif qu'ils sont de faible importance.

55. Il apparaît plus difficile de justifier l'absence d'une réglementation commune à tous les marchés publics qui contienne des indications sur l'égalité des chances, l'interdiction de la discrimination, la transparence et la publicité — et qui formule les exceptions appropriées [40] —, car de telles indications iraient dans le sens des objectifs communautaires sans pour autant créer d'obstacles insurmontables.

40 — L'article 2 de la directive 2004/18 dispose que les pouvoirs adjudicateurs «traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence». Les articles 4 à 6 énoncent certaines règles applicables à l'ensemble des marchés publics, concernant les «opérateurs économiques», les «conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce» et la «confidentialité»; toutefois, selon l'article 7, ces dispositions, comme les autres articles de la directive, ne visent que les marchés «qui ne sont pas exclus».

56. Le législateur de chaque État membre a la faculté de combler cette lacune, mais il n'est pas tenu de fixer des règles qui n'ont pas même été adoptées en droit communautaire dérivé. Ainsi, il convient de rappeler que, selon l'article 249 CE, «[l]a directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens», ce qui signifie que la transposition doit englober toute la directive, mais rien que la directive.

57. Par conséquent, dans l'état actuel du droit communautaire, ni la finalité, ni le contenu, ni l'effet utile des directives sur les marchés publics n'exigent que les principes qui les inspirent soient explicitement mentionnés par les ordres juridiques des États membres dans le cas des marchés publics exclus du champ d'application desdites directives.

2. La référence au traité

58. Dans son arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie [41], la Cour a déclaré que les articles 43 CE et 49 CE sont une expression particulière du principe d'égalité

41 — C-3/88, Rec. p. 4035.

de traitement (point 8), qui, selon l'arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique [42], signifie que tous les soumissionnaires doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres, indépendamment de la nationalité (points 33 et 54).

59. La diffusion des opportunités de marchés se révèle être un élément clé dans l'application des principes du traité, lequel toutefois, ne contient aucune indication relative à la façon de rédiger les avis. À cet égard, la jurisprudence a laissé la voie libre, tout en imposant certaines règles minimales. Ainsi, parmi les arrêts déjà cités, celui du 13 octobre 2005, Parking Brixen, indique qu'il «appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités de la concession de services publics en cause», mais que l'absence de toute procédure n'est pas conforme aux règles applicables (point 50, citant les points 61 et 62 de l'arrêt Telaustria et Telefonadress) [43], idée transposable à tout type de marché public.

60. Dans l'arrêt Coname, précité, la Cour a insisté sur les aspects susmentionnés en examinant l'attribution directe, par une collectivité locale italienne, du service d'entretien, de gestion et de surveillance des installations de distribution de gaz méthane. S'agissant d'un marché exclu du champ d'application des directives, elle a invoqué le droit primaire (point 16) et observé que le non-respect de la transparence entraînait une discrimination indirecte contraire aux articles 43 CE et 49 CE (points 17 à 19), pouvant être justifiée par des «circonstances particulières, telles qu'un enjeu économique très réduit», permettant raisonnablement de soutenir que les entreprises d'autres pays ne seraient pas intéressées par la concession en cause et que «les effets sur les libertés fondamentales concernées devraient donc être considérés comme étant trop aléatoires et trop indirects pour pouvoir conclure à une éventuelle violation de celles-ci» (point 20).

61. Dans une optique plus large, l'avocat général Stix-Hackl, dans ses conclusions dans l'affaire Coname, a exprimé des doutes sur la question de savoir si les libertés fondamentales exigent des règles uniformes pour toutes les adjudications (point 70) et a proposé un régime simplifié qui définirait les catégories de marchés publics en fonction de leur pertinence par rapport au marché intérieur (points 75 et suivants).

62. Les éléments qui précèdent me permettent de conclure, d'une part, que les principes de transparence et d'égalité de traitement énoncés par le traité sont applica-

42 — C-87/94, Rec. p. I-2043.

43 — Au point 43 de ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général Fennelly a expliqué que «le respect matériel du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité exige que l'octroi d'une concession respecte un degré minimal de publicité et de transparence», bien que cela n'implique pas selon lui que «l'entité adjudicatrice applique par analogie les dispositions des directives» pertinentes.

bles en toutes circonstances, sans qu'il faille pour cela que des dispositions de droit dérivé ou de droit national le prévoient [44] et, d'autre part, que, en l'état actuel du droit, la fixation du degré de divulgation des offres incombe à chaque État membre, avec certaines limites.

D — *Corollaire*

63. À la lumière de l'interprétation qui précède, j'estime que ni les directives ni le traité n'imposent aux États membres de prévoir explicitement, en ce qui concerne les marchés exclus, des dispositions générales relatives à l'application des principes de transparence, d'égalité de traitement et de publicité qu'exige la libre concurrence. Un État membre qui adopterait de telles règles le ferait en fonction de son libre arbitre et non pour se conformer à une obligation découlant de son appartenance à l'Union.

64. La solution contraire entraînerait d'importantes difficultés pratiques, évoquées dans les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire Coname, telles que le choix du mode de publication ou le contenu minimal de l'avis (points 96 et 97), car les directives opèrent elles-mêmes une différenciation en fonction du montant des prestations. Une telle solution s'écarterait également de la jurisprudence de la Cour, qui, dans l'arrêt Coname, a admis certains cas d'attribution directe, sans appel d'offres (point 21).

65. En tout état de cause, il demeure possible de contrôler la conformité des actes individuels à ces principes, comme la Cour l'a fait, par exemple, dans les arrêts Parking Brixen et Coname, précités [45].

VII — Examen des moyens invoqués à l'appui du recours

A — *Remarque préliminaire*

66. J'ai indiqué au début des présentes conclusions que la Commission reproche à la République italienne d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent en matière de marchés publics en ayant exclu, essentiellement de deux façons, certaines adjudications du champ d'application des règles et des principes de la législation communautaire: en premier lieu, en faisant du montant des travaux accessoires le seul critère permettant de déterminer le régime juridique des mar-

44 — Toutefois, le législateur italien a insisté sur ces principes dans la réforme de 2005, à laquelle je ferai allusion plus loin.

45 — Voir également les affaires pendantes C-507/03, C-532/03 et C-195/04, décrites dans la note 36.

chés mixtes et, en second lieu, en omettant de mentionner que, lorsque les seuils des directives ne sont pas atteints, les principes de transparence et d'égalité de traitement découlant des articles 43 CE et 49 CE doivent être respectés.

67. Bien que le gouvernement défendeur nie que les dispositions de son ordre juridique sur la réalisation des travaux par les particuliers venant en déduction des taxes d'urbanisation soient contraires au droit communautaire, il ajoute que les autres incompatibilités constatées par la requérante ont disparu à la suite des modifications découlant de la loi nº 62/2005, du 18 avril 2005 [46].

68. Il suffit de rappeler ici que, selon la jurisprudence, l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé et que les changements intervenus par la suite ne sauraient être pris en compte par la Cour [47].

69. En conséquence, dans la présente affaire, il faut s'en tenir à la législation qui était en vigueur à l'expiration du délai de deux mois imparti dans l'avis motivé du 15 octobre 2003, sans tenir compte des modifications ultérieures.

B — *La délimitation des marchés mixtes*

70. Les marchés mixtes de travaux, de fournitures et de services ainsi que les marchés de fournitures et les marchés de services qui comprennent des travaux accessoires doivent respecter la législation italienne de transposition, si ces travaux représentent plus de 50 % du prix (article 2, paragraphe 1, de la loi nº 109/94 et, de la même façon, article 3, paragraphe 3, du décret-loi nº 157/95). L'évaluation financière d'un élément de ce type de contrats constitue donc le critère exclusif d'application de la loi.

71. La Commission, s'appuyant sur l'arrêt Gestión Hotelera Internacional, précité, soutient que le régime juridique applicable doit dépendre de l'objet principal du marché, défini, entre autres facteurs et non exclusivement, par la valeur des prestations, car, dans le cas contraire, on exclurait les marchés mixtes dont le montant estimé est supérieur aux seuils des directives 92/50 et

46 — Loi portant certaines dispositions pour l'accomplissement des obligations découlant de l'appartenance de l'Italie aux Communautés européennes — loi communautaire de 2004 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee — Legge comunitaria 2004, supplément ordinaire à la GURI nº 96, du 27 avril 2005).

47 — Arrêts du 27 novembre 1990, Commission/Grèce (C-200/88, Rec. p. I-4299, point 13); du 2 mai 1996, Commission/Belgique (C-133/94, Rec. p. I-2323, point 17); du 30 janvier 2002, Commission/Grèce (C-103/00, Rec. p. I-1147, point 23), et du 13 mars 2003, Commission/Espagne (C-333/01, Rec. p. I-2623, point 8).

93/36, mais dont la valeur est inférieure à ceux de la directive 93/37 au seul motif que les travaux, bien qu'accessoires, représentent la majeure partie du prix.

72. Le gouvernement défendeur invoque une circulaire du Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministère des Infrastructures et des Transports) [48] et la réforme de la loi n° 109/94, qui visent à ce que le montant des travaux accessoires dans les marchés mixtes soit ignoré, afin que l'aspect économique revête une importance certes encore prédominante, mais non plus unique, pour la détermination de la législation applicable.

73. J'estime, pour les raisons indiquées plus haut, qu'il convient de faire abstraction des modifications en cause; de plus, comme il est affirmé dans la réplique, une circulaire n'est pas de nature à invalider une disposition légale et ne saurait suffire à contester l'infraction, dès lors que, selon la Cour, «de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues de publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable des obligations du traité» [49].

74. Ces précisions à l'esprit, il apparaît évident que les directives font obstacle à ce que le montant des travaux constitue en toutes circonstances le critère déterminant le régime juridique des marchés mixtes, car, s'il en était ainsi, des marchés dont le noyau consiste en des services ou des fournitures échapperaient aux règles communautaires sous prétexte que les obligations essentielles ont une plus faible valeur.

75. Les directives font elles-mêmes allusion à l'objet du contrat, sans le confondre avec la cause ou les prestations qu'il implique [50], bien que ces dernières l'identifient et, s'il y en a plusieurs, les ordonnent en fonction du montant des prestations, puisque les directives délimitent elles-mêmes leur champ d'application au moyen de seuils financiers aisément constatables.

76. Il n'est pas possible d'inverser les termes ni, comme c'est le cas des dispositions italiennes, de privilégier l'aspect financier de prestations accessoires; partant, le manquement doit être considéré comme fondé pour autant qu'il concerne la présente question.

48 — Circulaire n° B1/2316, du 18 décembre 2003, GURI n° 79, du 3 avril 2004.

49 — Arrêts du 24 mars 1994, Commission/Belgique (C-80/92, Rec. p. I-1019, point 20); du 26 octobre 1995, Commission/Luxembourg (C-151/94, Rec. p. I-3685, point 18); du 17 mai 2001, Commission/Italie (C-159/99, Rec. p. I-4007, point 32); du 17 janvier 2002, Commission/Irlande (C-394/00, Rec. p. I-581, point 11); du 27 février 2003, Commission/Belgique (C-415/01, Rec. p. I-2081, point 21), et du 20 novembre 2003, Commission/France (C-296/01, Rec. p. I-13909, point 54).

50 — Au point 37 de ses conclusions dans l'affaire Gestión Hotelera Internacional, l'avocat général Lenz a souligné qu'une obligation principale et intransmissible n'en fait pas l'objet principal du marché.

C — *Les réalisations urbanistiques*

77. Les travaux entrepris par les particuliers a) en déduction de contributions liées à des actes d'habilitation à l'exercice d'activités de construction, b) dans l'accomplissement de certaines obligations légales et c) les travaux analogues à ceux des deux précédents groupes ne relèvent pas de la loi nº 109/94, mais, si le montant des ouvrages, pris individuellement, dépasse les limites communautaires, ceux-ci sont attribués conformément à la directive 93/37 (article 2, paragraphe 5, de la loi nº 109/94).

78. La Commission affirme, d'une part, que ces dispositions, lues en combinaison avec la loi nº 1150/42 et avec la loi nº 10/77, tolèrent l'attribution directe de travaux ou d'ouvrages au titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement, sans garantir l'application des principes de transparence et d'égalité de traitement énoncés par le traité, lesquels doivent être respectés même si le montant estimé est inférieur aux seuils communautaires. D'autre part, elle estime que, pour déterminer si le seuil est atteint, il convient de pondérer tous les ouvrages prévus par le marché, et non certains d'entre eux.

79. Le gouvernement italien nie farouchement le manquement allégué. En premier lieu, il invoque une circulaire du Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [51] ainsi qu'une autre du Dipartimento per le Politiche Comunitarie (département des politiques communautaires de ce ministère) [52] précisant les règles adoptées pour transposer les dispositions communautaires. En deuxième lieu, il considère comme excessive l'idée qu'il faille se référer, au stade de la transposition, à chaque disposition du traité et à la jurisprudence de la Cour. En troisième lieu, il souligne la particularité des activités du lotisseur, qui se substitue aux collectivités locales, dans l'environnement urbanistique. Enfin, il conteste l'interprétation que donne la Commission de l'arrêt du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti e.a. [53], car, selon lui, la Cour n'y a pas examiné les ouvrages hétérogènes réalisés par les particuliers en tant que mandataires de l'administration.

1. Sur les principes de transparence et d'égalité de traitement

80. Eu égard à ce qui précède, on ne peut pas reprocher à l'État membre concerné l'absence, dans les règles écrites nationales,

51 — Circulaire nº 462, du 18 décembre 2001, Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi, GURI nº 300, du 28 décembre 2001.

52 — Circulaire nº 8756, du 6 juin 2002, Normativa applicabile agli appalti pubblici «sottosoglia», GURI nº 178, du 31 juillet 2002.

53 — C-399/98, Rec. p. I-5409.

d'une mention générale relative à l'obligation de respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement; compte tenu de leur caractère malléable, la constatation de leur violation dépend des circonstances de chaque adjudication.

81. Il s'ensuit que la République italienne n'a pas commis le manquement allégué.

2. Sur le champ d'application de la législation italienne

82. L'autre grief articulé dans la requête en ce qui concerne l'attribution d'ouvrages au titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement vise le fait que les procédures d'appel d'offres ne sont applicables que si l'accord entre l'administration et le particulier porte sur des ouvrages dont les montants estimés, pris individuellement, dépassent les seuils communautaires.

83. Selon la Commission, cette règle irait à l'encontre de la directive 93/97, car elle a pour effet d'exclure des marchés dont la valeur globale est supérieure aux seuils, en raison de l'insuffisance des montants correspondant à chacune des prestations qu'ils impliquent.

84. Comme je l'ai indiqué plus haut, le gouvernement italien souligne les particularités du secteur de l'urbanisme et les caractéristiques du système d'adjudication en cause, mais oublie que l'examen dudit système doit être effectué sous l'angle des directives sur les marchés publics. Si l'on met l'accent sur une des perspectives juridiques — le plan national — au détriment de l'autre — le plan communautaire —, la situation est distordue. En outre, j'ai déjà relevé que, selon l'arrêt Ordine degli Architetti e.a., les spécificités du domaine urbanistique ne suffisent pas à exclure l'application des directives (point 66).

85. La directive 93/37 indique, à l'article 1er, ce qu'il faut entendre par «marchés publics de travaux» [sous a)] [54] et par «ouvrage» [sous c)] [55]. L'article 6, paragraphe 3, traite du cas d'un ouvrage réparti en plusieurs lots faisant chacun l'objet d'un marché et l'article 6, paragraphe 4, énonce qu'aucun ouvrage ni aucun marché ne peut être scindé en vue d'être soustrait à l'application de ladite directive [56].

54 — Il s'agit de «contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur».

55 — «[L]e résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique».

56 — Des dispositions analogues figurent à l'article 7 de cette directive, à l'article 5 de la directive 93/36, à l'article 14 de la directive 93/38 et à l'article 9 de la directive 2004/18, intitulé «Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés publics, des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques».

86. On se trouve ainsi en présence de notions et de règles qu'il convient d'expliquer sous l'angle du droit communautaire [57], dans le cadre duquel doit être placé l'arrêt Ordine degli Architetti e.a., précité, selon lequel «la réalisation directe par le titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement approuvé d'un ouvrage d'équipement, en déduction de tout ou partie de la contribution due au titre de l'octroi du permis» doit être soumise à la directive 93/37, lorsque «la valeur de cet ouvrage égale ou dépasse le seuil fixé» par la directive.

87. Toutefois, il convient de nuancer cette affirmation, dès lors que les ouvrages publics qu'impliquent les travaux d'urbanisation sont exécutés directement par l'administration ou également par un tiers en application de la loi ou d'une convention, auquel cas il existe un contrat relevant de la réglementation communautaire [58], et que le propriétaire, agissant en tant qu'alter ego de l'administration [59], est soumis aux mêmes exigences de publicité et de concurrence [60].

88. En outre, la directive 93/37 précise la notion d'«ouvrage», dont l'existence, conformément à l'arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France [61], doit être appréciée par rapport à la fonction économique et technique du résultat des travaux concernés (point 36). La valeur totale, obtenue le cas échéant en additionnant les lots, détermine le régime juridique applicable, sans que, comme je l'ai indiqué plus haut, les spécificités du secteur de l'urbanisme puissent servir d'excuses objectives pour justifier le fractionnement.

89. Les réflexions qui précèdent démontrent que les activités urbanistiques relevant de la directive 93/37 doivent également respecter les règles que celle-ci édicte pour le calcul du montant des marchés et que doivent être rejetées les dispositions qui, comme celles de l'article 2, paragraphe 5, de la loi nº 109/94, portent atteinte à ces règles en énonçant un critère général unique ayant pour effet pernicieux de contourner la réglementation communautaire et d'empêcher, pour des raisons objectives liées au montant des prestations, les entreprises d'autres États membres de soumettre des offres dans les

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., «Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001», *Cuadernos de Derecho local*, nº 4, 2004, p. 19 et suiv.

58 — L'avocat général Léger, dans ses conclusions dans l'affaire Ordine degli Architetti e.a., a indiqué à juste titre que, lorsque «l'opérateur appelé à réaliser les travaux d'équipement est désigné purement et simplement par la loi», il manque à la convention ce qui constitue un élément essentiel de la relation contractuelle (point 68).

59 — Fernández Rodríguez, T. R., «La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto 'proyecto Scala 2001') y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Documentación Administrativa*, nºs 261 et 262, septembre 2001-avril 2002, p. 23.

60 — Huelin Martínez de Velasco, J., op. cit., p. 28.

61 — C-16/98, Rec. p. I-8315. Bien que, dans cet arrêt, la Cour ait examiné la directive 93/38, on peut étendre à la directive 93/37 les considérations portant sur des dispositions analogues.

procédures d'adjudication qui les intéressent [62].

90. La disposition susmentionnée de la loi italienne est donc contraire à la directive 93/37.

92. La Commission soutient que, même en dehors du champ d'application des règles européennes, il convient de vérifier le respect des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de transparence, dont la violation est établie lorsque l'attribution est effectuée en dehors de toute publicité, sans que l'obligation de s'assurer de l'expérience et de la capacité professionnelle de la personne retenue et de motiver ce choix puisse y remédier.

D — *L'attribution des tâches de conception, de direction et de vérification des travaux dans le cas des marchés d'un montant inférieur aux seuils communautaires*

93. Le gouvernement défendeur invoque la réforme de la loi nº 109/94, qui ajoute une référence auxdits principes, et reprend l'argumentation développée précédemment sur l'absence de rationalité des indications souhaitées par la requérante.

91. La loi nº 109/94 admet que, dans le cas des marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils des directives, la conception et la direction des travaux, ainsi que la vérification de leur exécution, soient attribuées à des personnes bénéficiant de la confiance de l'organisme adjudicateur (articles 17, paragraphe 12, et 30, paragraphe 6 bis).

94. Le débat ayant été posé en des termes analogues à ceux de la discussion relative à l'article 2, paragraphe 5, de la loi nº 109/94, l'expérience conseille de le résoudre de la même façon, c'est-à-dire en concluant que, à l'heure actuelle, l'ordre juridique communautaire n'exige pas que l'obligation de soumettre les marchés exclus aux principes susmentionnés fasse l'objet d'une mention écrite particulière en ce qui concerne l'attribution des tâches en cause, sans préjudice de la possibilité d'examiner chaque procédure et d'en contester la conformité à ces principes devant les tribunaux nationaux ou la juridiction communautaire.

62 — Arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, précité dans la note 61, voir, en particulier, points 38 à 47. L'avocat général Jacobs, dans les conclusions qu'il a présentées dans cette affaire, a soutenu qu'une série d'opérations à réaliser au cours d'une période déterminée sur un ensemble de réseaux partageant une même fonction économique et technique doit être considérée comme étant destinée à remplir une même fonction économique et technique (point 72); cette affirmation peut être étendue aux activités urbanistiques, de même que l'idée, développée dans l'arrêt du 14 septembre 2004, Commission/Italie (C-385/02, Rec. p. I-8121), selon laquelle «la seule affirmation du caractère complexe et délicat d'un ensemble de travaux ne suffit pas à démontrer qu'il ne peut être confié qu'à un même entrepreneur» (point 21).

95. J'estime, par conséquent, que les articles 17, paragraphe 12, et 30, paragraphe 6 bis, de la loi nº 109/94 n'enfreignent pas le droit communautaire et que le manquement allégué n'est pas établi.

E — *L'attribution de la direction des travaux*

96. La direction des travaux incombe au pouvoir adjudicateur, mais, lorsque ni ce dernier ni d'autres administrations publiques ne peuvent l'assumer, elle peut être attribuée au concepteur du projet (article 27, paragraphe 2, de la loi nº 109/94).

97. La Commission critique le caractère général de la règle en affirmant que celle-ci contrevient aux directives 92/50 et 93/38, selon lesquelles l'attribution des tâches de direction doit être effectuée dans le respect de la publicité et de la concurrence tant dans l'hypothèse où les seuils communautaires sont dépassés, puisque c'est ce que prévoit la réglementation, que dans celle où ils ne sont pas atteints, en raison de l'influence des principes du traité.

98. Le gouvernement italien souligne les inconvénients que son système tend à éviter, mais il ajoute que, pour répondre aux objections formulées, il a modifié la loi nº 109/94 en énonçant plusieurs précautions en rapport avec l'attribution, par le pouvoir adjudicateur, des tâches de direction au concepteur du projet, opération qui doit avoir été prévue dans l'avis d'adjudication et dont le montant estimé doit avoir été pris en compte.

99. L'effet des principes de transparence et d'égalité de traitement sur les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils applicables mérite des réflexions identiques à celles que j'ai déjà proposées, car il s'inspire des mêmes éléments. À cet égard, le manquement allégué par la Commission n'est pas établi.

100. Les marchés publics soumis, en raison de leur montant, aux procédures de mise en concurrence appellent une solution différente, eu égard à la clarté des règles communautaires. Dans de tels cas, il convient de se conformer scrupuleusement à toutes les dispositions, quelle que soit la commodité que l'on peut attacher à l'omission des procédures, car les articles 11, paragraphe 1, de la directive 92/50 et 4, paragraphe 1, de la directive 93/38 sont catégoriques lorsqu'ils soumettent l'adjudication aux procédures — ouvertes, restreintes et négociées — qu'ils définissent[63], de

63 — De même que les articles 6, paragraphe 1, de la directive 93/36 et 7, paragraphe 1, de la directive 93/37.

sorte que, selon la jurisprudence, seules les exceptions prévues sont admissibles [64].

101. Les activités de direction des travaux relèvent de la catégorie 12 de l'annexe I A de la directive 92/50 et de l'annexe XVI A de la directive 93/38; il s'ensuit que leur attribution doit être effectuée conformément aux règles énoncées par ces directives.

102. Eu égard à ce qui précède, il ne fait aucun doute que l'article 27, paragraphe 2, de la loi n° 109/94 enfreint les directives 92/50 et 93/38.

F — *L'attribution des tâches de vérification*

103. Les tâches de vérification incombent aux bureaux techniques des pouvoirs adjudicateurs, mais, en cas de manque de personnel constaté et certifié par le responsable de la procédure (article 28, paragraphe 4, de la loi n° 109/94), elles sont attribuées à des tiers figurant sur les listes des administrations publiques (article 188 du décret n° 554/99 du président de la République).

104. La Commission, insistant sur l'argumentation présentée sous la partie VII E des présentes conclusions, fait valoir que les procédures prévues par les directives 92/50 et 93/38 doivent être suivies si le montant estimé du marché dépasse les seuils pertinents et que, au-delà de ces limites, ce sont les principes du traité qui sont applicables.

105. Le gouvernement italien indique que les dispositions réglementaires (en l'occurrence, l'article 188, paragraphes 8 à 11, du décret n° 554/99 du président de la République) vont être abrogées [65].

106. Abstraction faite de cette proclamation de bonnes intentions pour le futur, ce grief doit connaître le même sort que le précédent, car il n'appelle aucune critique au regard des articles 43 CE et 49 CE; de plus, les tâches de vérification relevant de la catégorie 12 de l'annexe I A de la directive 92/50 et de l'annexe XVI A de la directive 93/38 doivent être attribuées conformément aux directives.

107. Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de constater que l'article 28, paragraphe 4, de la loi n° 109/94, lu en

64 — Voir arrêt du 17 novembre 1993, Commission/Espagne (C-71/92, Rec. p. I-5923, point 10), et arrêts précités Teckal, point 43, ainsi que Carbotermo et Consorzio Alisei, point 45.

65 — Dans sa duplique, le gouvernement défendeur fait savoir que la Corte costituzionale, dans l'arrêt n° 302/03 (point 5.1), a déclaré les paragraphes 8 à 10 dudit décret contraires à la Constitution.

combinaison avec l'article 188 du décret nº 554/99 du président de la République, enfreint les directives 92/50 et 93/38.

G — *Les travaux financés par des fonds privés*

108. Les administrations autorisent l'exécution, par des tiers, de travaux publics susceptibles d'être exploités commercialement. Lors d'une première phase, elles invitent les particuliers, au moyen d'un avis, à faire, en tant que promoteurs, des propositions en vue de l'adjudication de concessions, dans le cadre desquelles les coûts sont assumés, intégralement ou partiellement, par les promoteurs, qui, comme contrepartie, s'engagent à assurer la gestion. Une fois que les propositions présentées ont été évaluées, celles jugées d'intérêt public sont sélectionnées lors d'une seconde phase, au cours de laquelle est ouverte, pour chacune des propositions retenues, une procédure restreinte destinée à sélectionner deux autres offres. Celles-ci sont utilisées comme références dans la négociation, qui doit déboucher sur le choix du promoteur capable d'adapter son offre aux indications fournies par le pouvoir adjudicateur (articles 37 bis, 37 ter et 37 quater de la loi nº 109/94).

109. La Commission estime, d'une part, que le système décrit est contraire au principe d'égalité de traitement, car il confère au promoteur deux avantages par rapport aux autres concurrents, quand bien même son offre initiale aurait été moins appropriée, puisqu'il intervient automatiquement dans la procédure et qu'il bénéficie d'une priorité de choix. L'infraction ne serait pas établie si tous les participants connaissaient ces privilèges et les critères d'évaluation, mais ces points n'ont pas à figurer dans l'avis initial; d'autre part, étant donné que l'avis n'est obligatoire que depuis le 18 août 2002, date d'entrée en vigueur de la loi nº 166/2002, les procédures déjà entamées aboutissent à des décisions contraires aux principes généraux du droit communautaire.

110. Selon le gouvernement défendeur, il a été remédié à ces deux griefs dans la réforme de la loi nº 109/94, qui introduit dans l'avis la mention des avantages du promoteur et qui renvoie à une disposition réglementaire les dossiers en cours au 31 janvier 2004 qui ne contiennent pas cette mention.

111. Bien que les arguments du gouvernement italien ne permettent pas de réfuter les affirmations contenues dans la requête, il incombe à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué, sans pouvoir se baser sur une présomption quelconque [66], même si, lorsque des éléments suffisants

66 — Arrêts du 25 mai 1982, Commission/Pays-Bas (96/81, Rec. p. 1791, point 6); du 12 septembre 2000, Commission/Pays-Bas (C-408/97, Rec. p. I-6417, point 15), et du 26 avril 2005, Commission/Irlande (C-494/01, Rec. p. I-3331, point 41).

sont fournis, il incombe à l'État membre de les contester de manière substantielle et détaillée [67].

112. Les deux griefs semblent en principe fondés. Le premier parce que, selon les explications de la Commission, la législation nationale confère à l'initiateur des travaux des avantages que les autres intéressés ignorent et ne peuvent contrecarrer; la Cour a eu l'occasion de déclarer, dans son arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique, précité, que, lorsqu'une entité adjudicatrice prend en compte une modification apportée aux offres initiales d'un seul soumissionnaire, ce dernier est avantagé par rapport à ses concurrents, ce qui porte atteinte au principe d'égalité de traitement et nuit à la transparence de la procédure (point 56). De plus, la Commission cite le cas de certains avis qui ne mentionnent pas les avantages en cause et qui n'indiquent pas non plus les critères objectifs de choix [68].

113. Le second parce qu'il a été remédié a posteriori et trop tardivement aux défauts d'une situation critiquable.

67 — Arrêt du 9 novembre 1999, Commission/Italie (C-365/97, Rec. p. I-7773, points 84 et 86).

68 — Point 87 de la requête et note 12, qui illustre cette situation.

114. Eu égard aux considérations exposées aux points précédents, il y a lieu de retenir que les articles 37 ter et 37 quater, paragraphe 1, de la loi n° 109/94 enfreignent le principe d'égalité de traitement découlant des articles 43 CE et 49 CE.

H — *Conséquences*

115. Il résulte de ce qui précède que:

— l'article 2, paragraphe 1, de la loi n° 109/94 est contraire aux directives 92/50, 93/36, 93/37 et 93/38;

— l'article 2, paragraphe 5, de la loi n° 109/94, lu en combinaison avec les lois n^{os} 1150/1942 et 10/1977, enfreint la directive 93/37;

— l'article 27, paragraphe 2, de la loi n° 109/94 n'est pas conforme aux directives 92/50 et 93/38;

— l'article 28, paragraphe 4, de la loi nº 109/94, lu en combinaison avec l'article 188 du décret nº 554/99 du président de la République, viole les directives 92/50 et 93/38;

— les articles 37 ter et 37 quater, paragraphe 1, de la loi nº 109/94 sont incompatibles avec les articles 43 CE et 49 CE.

116. En revanche, les articles 2, paragraphe 5, 17, paragraphe 12, 27, paragraphe 2, et 30, paragraphe 6 bis, de la loi nº 109/94 sont conformes aux articles 43 CE et 49 CE.

VIII — Sur les dépens

117. L'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour dispose que toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. En vertu de l'article 69, paragraphe 3, dudit règlement, la Cour peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs.

118. Dès lors que la Commission et la République italienne ont chacune demandé la condamnation de l'autre partie aux dépens et que je propose de faire partiellement droit au recours, cet État membre devra supporter la moitié des dépens de la Commission, laquelle prendra en charge la moitié de ceux de l'autre partie.

119. Conformément à l'article 69, paragraphe 4, premier alinéa, du règlement de procédure, les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs propres dépens.

IX — Conclusions

120. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de:

1) constater que la République italienne, en ayant adopté les articles 37 ter et 37 quater, paragraphe 1, de la loi nº 109, du 11 février 1994, a manqué aux

obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 49 CE; que, en ayant adopté l'article 2, paragraphe 1, de ladite loi, cet État membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives du Conseil 92/50/CEE, du 18 juin 1992, 93/36/CEE, 93/37/CEE et 93/38/CEE, toutes les trois du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures, de travaux et dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, respectivement; que, en maintenant en vigueur l'article 2, paragraphe 5, de la loi n° 109/94, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/37, et que, en ayant adopté les articles 27, paragraphe 2, et 28, paragraphe 4, de ladite loi, l'État membre concerné a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 92/50 et 93/38;

2) rejeter le recours pour le surplus;

3) condamner la République italienne au paiement de la moitié des dépens de la Commission;

4) condamner la Commission à prendre en charge la moitié des dépens de la République italienne;

5) déclarer que la République de Finlande et le Royaume des Pays-Bas supporteront leurs propres dépens.