

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

13 janvier 2005 \*

Dans l'affaire C-84/03,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 26 février 2003,

**Commission des Communautés européennes**, représentée par MM. K. Wiedner et G. Valero Jordana, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

**Royaume d'Espagne**, représenté par M. S. Ortiz Vaamonde, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

\* Langue de procédure: l'espagnol.

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. C. W. A. Timmermans, président de chambre, MM. R. Schintgen, J. Makarczyk (rapporteur), G. Arestis et J. Klučka, juges,

avocat général: M<sup>me</sup> J. Kokott,

greffier: M. R. Grass,

vu la procédure écrite,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

**Arrêt**

1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en n'ayant pas transposé correctement dans son ordre juridique interne les directives 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1), et 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), et, en particulier,

- en excluant du champ d'application de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (loi relative aux marchés passés par les administrations publiques), du 16 juin 2000, dans sa version codifiée approuvée par le Real Decreto Legislativo 2/2000, du 16 juin 2000, (BOE n° 148, du 21 juin 2000,

p. 21775, ci-après la «loi codifiée»), plus précisément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la loi codifiée, les entités de droit privé qui remplissent les conditions énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, premier, deuxième et troisième tirets, de chacune desdites directives,

- en excluant totalement du champ d'application de la loi codifiée, à l'article 3, paragraphe 1, sous c), de celle-ci, les accords de collaboration conclus entre les administrations publiques et les autres entités publiques et, partant, également les accords qui constituent des marchés publics au sens de ces mêmes directives, et
  
- en permettant, aux articles 141, sous a), et 182, sous a) et g), de la loi codifiée, le recours à la procédure négociée dans deux cas non envisagés par lesdites directives,

le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions du traité CE et de ces directives.

## **Le cadre juridique**

### *La réglementation communautaire*

- 2 L'article 1<sup>er</sup>, sous b), de la directive 93/37 dispose:

«sont considérés comme 'pouvoirs adjudicateurs', l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

On entend par 'organisme de droit public' tout organisme:

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

- doté de la personnalité juridique

et

- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

[...]»

- 3 Les dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, sous b), de la directive 93/36 sont en substance identiques.

4 Aux termes de l'article 6, paragraphes 2 à 4, de la directive 93/36:

«2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure négociée en cas de dépôt de soumissions irrégulières en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou en cas de dépôt de soumissions inacceptables en vertu des dispositions nationales conformes au titre IV, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Les pouvoirs adjudicateurs publient dans ces cas un avis d'adjudication, à moins qu'ils n'incluent dans ces procédures négociées toutes les entreprises qui satisfont aux critères visés aux articles 20 à 24 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure d'adjudication.

3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication dans les cas suivants:

a) lorsque aucune soumission ou aucune soumission appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et à condition qu'un rapport soit communiqué à la Commission;

b) lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition

ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;

- c) lorsque, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, la fabrication ou la livraison des produits ne peut être confiée qu'à un fournisseur déterminé;
  
- d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées visées au paragraphe 2. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
  
- e) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans.

4. Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.»

5 Aux termes de l'article 7, paragraphes 3 et 4, de la directive 93/37:

«3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis de marché, dans les cas suivants:

- a) lorsque aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Un rapport doit être communiqué à la Commission à sa demande;
  
- b) pour les travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé;
  
- c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées visées au paragraphe 2. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
  
- d) pour les travaux complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement adjudgé ni dans le premier contrat conclu et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute cet ouvrage:

- lorsque ces travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs

ou

- lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal;

- e) pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon les procédures visées au paragraphe 4.

La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 6. Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

4. Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de travaux en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.»

*La réglementation nationale*

- 6 Le champ d'application personnel de la réglementation espagnole en matière de passation de marchés publics est défini par l'article 1<sup>er</sup> de la loi codifiée. Toutes les administrations publiques territoriales, tant étatiques qu'autonomes et locales, y sont visées.
- 7 L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la loi codifiée ajoute:

«Devront également exercer leur activité de passation de marchés conformément à la présente loi les organismes autonomes dans tous les cas et les autres entités de droit public dotées d'une personnalité juridique propre, liées à une administration publique ou dépendant d'elle, pour autant qu'elles répondent aux critères suivants:

- a) avoir été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;
- b) être des entités dont soit l'activité est financée majoritairement par les administrations publiques ou d'autres entités de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de celles-ci, soit les organes d'administration, de direction ou de surveillance se composent de membres dont plus de la moitié est désignée par les administrations publiques et les autres entités de droit public».

- 8 Aux termes de la sixième disposition additionnelle de la loi codifiée, sous le titre «Principes de passation des marchés dans le secteur public», «les sociétés commerciales dans lesquelles les administrations publiques ou leurs organismes autonomes, ou encore des entités de droit public, détiennent une participation majoritaire, directe ou indirecte, respectent, pour la passation de leurs marchés, les principes de publicité et de concurrence, sauf si la nature de l'opération à réaliser est incompatible avec ces principes».
- 9 L'article 3, paragraphe 1, sous c), de la loi codifiée exclut du champ d'application de celle-ci «les accords de collaboration conclus entre l'administration générale de l'État, d'une part, et la sécurité sociale, les communautés autonomes, les entités locales, leurs organismes autonomes et toute autre entité publique, d'autre part, soit entre ces organismes entre eux».
- 10 Les articles 141, sous a) (concernant les marchés de travaux), et 182, sous a) (concernant les marchés de fournitures), de la loi codifiée disposent qu'il peut être recouru à la procédure négociée sans publicité préalable lorsque le marché n'a pu être attribué lors d'une procédure ouverte ou restreinte ou que les candidats n'ont pas été admis à soumissionner, pour autant qu'il n'y ait pas de modification des conditions initiales du marché hormis le prix qui ne pourra être majoré de plus de 10 %.
- 11 L'article 182, sous g), de la loi codifiée indique qu'il pourra être recouru à la procédure négociée sans publicité préalable dans les procédures qui concernent des biens dont l'uniformité a été déclarée nécessaire pour leur utilisation commune par l'administration, pour autant que le choix du type de biens dont il s'agit ait été effectué préalablement et en toute indépendance, en vertu d'un appel d'offres, conformément aux dispositions du présent titre.

## **La procédure précontentieuse**

- 12 Considérant que les textes législatifs successifs transposant en droit espagnol les directives 93/36 et 93/37 étaient partiellement incompatibles avec lesdites directives, la Commission a adressé au royaume d'Espagne une lettre de mise en demeure en date du 17 septembre 1997 et une lettre de mise en demeure complémentaire en date du 24 juillet 2000.
- 13 À la suite de la notification de la loi codifiée par les autorités espagnoles à la Commission, celle-ci a considéré certains aspects litigieux de la transposition comme résolus.
- 14 Néanmoins, considérant que les directives 93/36 et 93/37 continuaient de faire l'objet d'une transposition incorrecte en droit espagnol, la Commission a adressé au royaume d'Espagne un avis motivé, en date du 24 janvier 2001, et un avis motivé complémentaire, en date du 31 janvier 2002, l'invitant à prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer dans un délai de deux mois à compter de la notification de ce dernier avis.
- 15 La réponse du royaume d'Espagne à l'avis motivé complémentaire ayant été jugée insatisfaisante par la Commission, cette dernière a décidé d'introduire le présent recours.

## **Sur le recours**

- 16 À l'appui de son recours, la Commission invoque trois griefs.

- 17 Par son premier grief, la Commission reproche au royaume d'Espagne d'avoir exclu a priori du champ d'application de la loi codifiée les entités de droit privé alors même qu'elles peuvent être des organismes de droit public au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, des directives 93/36 et 93/37.
- 18 Par son deuxième grief, la Commission reproche au royaume d'Espagne d'avoir exclu du champ d'application de la loi codifiée des accords de collaboration conclus entre les entités de droit public, alors même que ces accords peuvent constituer des marchés publics au sens des directives 93/36 et 93/37.
- 19 Par son troisième grief, la Commission reproche au royaume d'Espagne d'avoir autorisé le recours à la procédure négociée dans deux cas qui ne sont pas envisagés par les directives 93/36 et 93/37, à savoir la passation de marchés consécutive à des procédures déclarées infructueuses et la passation de marchés de fournitures de biens uniformes.

**Sur le premier grief, tiré de l'exclusion du champ d'application de la loi codifiée des entités de droit privé remplissant les conditions énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, premier, deuxième et troisième tirets, des directives 93/36 et 93/37**

*Argumentation des parties*

- 20 Selon la Commission, le champ d'application personnel de la loi codifiée ne coïnciderait pas avec celui des directives 93/36 et 93/37 dans la mesure où la

législation nationale s'applique exclusivement aux entités soumises à un régime de droit public au sens du droit espagnol, alors que la forme juridique de l'entité en cause est étrangère à la définition d'«organisme de droit public» retenue dans ces directives.

- 21 Invoquant l'arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73, points 17 à 35), la Commission rappelle que la Cour a considéré qu'il fallait entendre par «organisme de droit public», un organisme qui remplit les trois conditions cumulatives énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, de la directive 93/37.
- 22 Se fondant sur des arrêts de la Cour (notamment les arrêts du 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, et du 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821), la Commission soutient que la notion de pouvoir adjudicateur définie à l'article 1<sup>er</sup> des directives 93/36 et 93/37 doit recevoir une interprétation fonctionnelle.
- 23 De surcroît, elle fait valoir que l'interprétation donnée par le gouvernement espagnol de la notion d'«organisme de droit public» entraîne une perte d'autonomie d'une notion communautaire qui doit donner lieu à une interprétation uniforme dans l'ensemble de la Communauté.
- 24 Le gouvernement espagnol opte pour une interprétation littérale de la notion d'«organisme de droit public». Il soutient que les directives 93/36 et 93/37 n'incluent pas les sociétés commerciales sous contrôle public dans cette notion. À l'appui de son argumentation, il invoque la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199,

p. 84), qui opère une distinction entre la notion d'«organisme de droit public», identique dans les directives sur les marchés publics, et celle d'«entreprise publique», dont la définition correspond à celle de la société commerciale publique.

25 En outre, le gouvernement espagnol refuse toutes les solutions à caractère général. Il soutient qu'une véritable délimitation de la notion d'«organisme de droit public» ne peut se faire qu'après avoir défini celle de «besoins d'intérêt général» et, surtout, celle relative au «caractère autre qu'industriel ou commercial» de ces mêmes besoins, par le biais d'un examen détaillé de chaque entité.

26 La Commission rétorque que la directive 93/38 est une réglementation particulière et que son caractère de règle d'exception s'oppose à ce qu'elle puisse servir à l'interprétation de dispositions générales, en l'occurrence des directives 93/36 et 93/37.

### *Appréciation de la Cour*

27 Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la notion d'«organisme de droit public», notion de droit communautaire qui doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté, est définie d'un point de vue fonctionnel au regard exclusivement des trois conditions cumulatives énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, des directives 93/36 et 93/37 (voir, en ce sens, arrêts Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, points 20 et 21; du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Rec. p. I-11617, points 51 à 53; du 15 mai 2003, Commission/Espagne, C-214/00, Rec. p. I-4667, points 52 et 53, et du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, C-283/00, Rec. p. I-11697, point 69).

- 28 Il s'ensuit que, aux fins de résoudre la question de la qualification éventuelle d'organisme de droit public d'une entité de droit privé, il y a lieu de vérifier uniquement si l'entité en cause réunit les trois conditions cumulatives énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, des directives 93/36 et 93/37, le statut de droit privé de cette entité ne constituant pas un critère susceptible d'exclure à lui seul sa qualification de pouvoir adjudicateur au sens de ces directives (arrêt du 15 mai 2003, Commission/Espagne, précité, points 54, 55 et 60).
- 29 La Cour a, en outre, précisé que cette interprétation ne revient pas à méconnaître le caractère industriel ou commercial des besoins d'intérêt général dont l'entité concernée assure la satisfaction, puisque cet élément est nécessairement pris en considération aux fins de déterminer si elle répond ou non à la condition énoncée à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, des directives 93/36 et 93/37 (voir, en ce sens, arrêt du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, précité, point 75).
- 30 Par ailleurs, cette conclusion ne saurait davantage être infirmée par l'absence de référence expresse, dans les directives 93/36 et 93/37, à la catégorie spécifique des «entreprises publiques», pourtant utilisée dans la directive 93/38 (voir, en ce sens, arrêt du 16 octobre 2003, Commission/Espagne, précité, point 76).
- 31 Il découle donc de ce qui précède que la réglementation espagnole constitue une transposition incorrecte de la notion de «pouvoir adjudicateur» figurant à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), des directives 93/36 et 93/37, dans la mesure où elle exclut de son champ d'application les entités de droit privé alors même que celles-ci peuvent remplir les conditions énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, premier, deuxième et troisième tirets, desdites directives.
- 32 Dans ces conditions, il y a lieu d'accueillir le premier grief de la Commission.

**Sur le deuxième grief, tiré de l'exclusion du champ d'application de la loi codifiée des accords de collaboration conclus entre les entités de droit public***Argumentation des parties*

- 33 La Commission constate que la loi codifiée exclut de son champ d'application les accords de collaboration conclus soit entre l'administration générale de l'État, d'une part, et la sécurité sociale, les communautés autonomes, les entités locales, leurs organismes autonomes et toute autre entité publique, d'autre part, soit entre ces mêmes organismes. Selon elle, cette exclusion absolue constitue une transposition incorrecte des directives 93/36 et 93/37, puisque certains de ces accords peuvent être de même nature que les marchés publics relevant de celles-ci.
- 34 Elle soutient qu'il s'agit d'une exclusion qui ne figure pas dans les directives 93/36 et 93/37.
- 35 La Commission invoque la définition du marché figurant à l'article 1<sup>er</sup>, sous a), des directives 93/36 et 93/37 et la jurisprudence de la Cour selon laquelle, pour établir l'existence d'un marché, il convient de vérifier s'il y a eu une convention entre deux personnes distinctes (arrêt du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 49). Elle estime donc que, au regard des éléments susvisés, des accords de collaboration interadministratifs peuvent donc être des marchés au sens des directives 93/36 et 93/37.
- 36 Le gouvernement espagnol souligne que les conventions sont la manière normale pour les entités de droit public d'établir des relations entre elles. Il fait valoir que ces relations se situent en marge du marché. De surcroît, il s'interroge sur le bien-fondé

de l'arrêt Teckal, précité, et soutient que le principe figurant à l'article 6 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), serait implicitement inclus dans les autres directives sur les marchés publics.

### *Appréciation de la Cour*

- 37 Selon les définitions données à l'article 1<sup>er</sup>, sous a), des directives 93/36 et 93/37, un marché public de fournitures ou de travaux suppose l'existence d'un contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre, d'une part, un fournisseur ou un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous b), desdites directives, et ayant pour objet l'achat de produits ou l'exécution d'un certain type de travaux.
- 38 Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive 93/36, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent (arrêt Teckal, précité, point 50).
- 39 Eu égard à l'identité des éléments constituant la définition d'un marché dans les directives 93/36 et 93/37, hormis l'objet du marché en cause, il y a lieu d'appliquer la solution ainsi retenue dans l'arrêt Teckal, précité, aux accords interadministratifs couverts par la directive 93/37.

40 En conséquence, dans la mesure où elle exclut a priori du champ d'application de la loi codifiée les relations établies entre les administrations publiques, leurs organismes publics et, d'une manière générale, les entités de droit public non commerciales, quelle que soit la nature de ces relations, la réglementation espagnole en cause en l'espèce constitue une transposition incorrecte des directives 93/36 et 93/37.

41 Dans ces conditions, il y a lieu d'accueillir le deuxième grief de la Commission.

**Sur le troisième grief, tiré d'un recours à la procédure négociée prévu par la loi codifiée dans deux cas non envisagés par les directives 93/36 et 93/37**

42 La Commission estime que la loi codifiée autorise le recours à la procédure négociée dans deux cas qui ne sont pas envisagés par les directives 93/36 et 93/37: la passation de marchés consécutive à des procédures déclarées infructueuses et la passation de marchés de fournitures de biens uniformes.

*Sur la première partie du troisième grief concernant la passation de marchés consécutive à des procédures infructueuses*

Argumentation des parties

43 La Commission considère que, en autorisant une majoration du prix de soumission de départ pouvant atteindre 10 % par rapport à la procédure ouverte ou restreinte

préalable, les articles 141, sous a), et 182, sous a), de la loi codifiée contreviennent aux directives 93/36 et 93/37 puisqu'ils permettent une modification substantielle de l'une des conditions initiales du marché, à savoir le prix.

- 44 La Commission fait valoir que la liste des cas dans lesquels il peut être recouru à la procédure négociée a un caractère limitatif. Elle en déduit que l'interprétation de la notion de «modification non substantielle» doit être restrictive.
- 45 Le gouvernement espagnol reproche à la Commission de ne pas avoir indiqué quelle modification du prix doit être considérée comme substantielle et quelle augmentation ne mérite pas une telle qualification. Il fait valoir que, aux fins de la sécurité juridique, le législateur espagnol a transformé la notion indéterminée de «modification substantielle des conditions originelles du contrat» en un concept certain.
- 46 En réponse, la Commission soutient que, dans le cadre d'un recours en manquement, elle n'est tenue ni de définir les limites de l'infraction ni d'indiquer les mesures qui permettraient d'éliminer le manquement reproché. De surcroît, elle fait valoir que l'objectif du législateur national visant à préciser les notions contenues dans les directives ne saurait aboutir à la non-application de celles-ci.

#### Appréciation de la Cour

- 47 Ainsi qu'il résulte, notamment, du douzième considérant de la directive 93/36 et du huitième considérant de la directive 93/37, la procédure négociée revêt un caractère exceptionnel et ne doit être appliquée que dans les cas limitativement énumérés.

Dans cette optique, les articles 6, paragraphe 3, sous a), de la directive 93/36 et 7, paragraphe 3, sous a), de la directive 93/37 énumèrent limitativement les cas dans lesquels il pourra être recouru à la procédure négociée sans publicité préalable d'un avis d'adjudication.

48 Selon la jurisprudence, les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics des travaux doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23, et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13). Sous peine de priver les directives en cause de leur effet utile, les États membres ne sauraient, dès lors, prévoir des hypothèses de recours à la procédure négociée non prévues par les directives 93/36 et 93/37 ou assortir les hypothèses expressément prévues par ces directives de conditions nouvelles ayant pour effet de rendre le recours à ladite procédure plus aisé.

49 Or, en l'occurrence, il ne saurait être nié que, dans la mesure où ils autorisent le recours à la procédure négociée lorsque le marché n'a pas pu être attribué lors d'une procédure ouverte ou restreinte ou que les candidats n'ont pas été admis à soumissionner, pour autant qu'il n'y ait pas de modification des conditions initiales du marché, hormis le prix qui ne pourra être majoré de plus de 10 %, les articles 141, sous a), et 182, sous a), de la loi codifiée assortissent précisément les dispositions précitées des directives 93/36 et 93/37 d'une condition nouvelle de nature à en affaiblir tant la portée que le caractère dérogatoire. Une telle condition, en effet, ne saurait être considérée comme une modification non substantielle des conditions initiales de marchés, ainsi que les prévoient, respectivement, les articles 6, paragraphe 3, sous a), de la directive 93/36 et 7, paragraphe 3, sous a), de la directive 93/37.

50 Dans ces conditions, il convient de constater que les articles 141, sous a), et 182, sous a), de la loi codifiée constituent une transposition incorrecte des articles 6, paragraphe 3, sous a), de la directive 93/36 et 7, paragraphe 3, sous a), de la directive 93/37.

*Sur la deuxième partie du troisième grief concernant la passation de marchés de fournitures de biens uniformes*

Argumentation des parties

- 51 La Commission fait valoir que la procédure figurant à l'article 182, sous g), de la loi codifiée méconnaît les dispositions de l'article 6, paragraphes 2 et 3, de la directive 93/36, qui énumère les cas d'application de la procédure négociée.
- 52 En l'espèce, la législation espagnole prévoit le recours à la procédure négociée sans publicité préalable s'agissant de biens dont l'uniformité a été déclarée nécessaire pour leur utilisation commune par l'administration. Le recours à cette procédure serait possible dans la mesure où le type de biens aurait été choisi préalablement et en toute indépendance, en vertu d'un appel d'offres.
- 53 Le gouvernement espagnol soutient que les appels d'offres visant à déterminer le type de biens uniformes se rapprochent des marchés-cadres.
- 54 De plus, ce gouvernement affirme que les appels d'offres en cause ne diffèrent en rien des adjudications opérées à la suite d'un accord ou d'un contrat-cadre prévu par un autre article de la loi codifiée qui n'a fait l'objet d'aucune observation de la part de la Commission. Il conclut, en conséquence, à sa conformité avec les directives relatives aux marchés publics.

55 Ayant rappelé la définition des accords-cadres, la Commission fait valoir que ces accords ne relèvent pas de la directive 93/36.

### Appréciation de la Cour

56 S'agissant de la passation des marchés de fournitures de biens uniformes, visée à l'article 182, sous g), de la loi codifiée, il ne peut être recouru à la procédure négociée que dans les cas limitativement énumérés à l'article 6, paragraphes 2 et 3, de la directive 93/36. Le paragraphe 4 de cet article indique au demeurant que, «dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de fournitures en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte».

57 Or, la disposition en cause, introduite par le législateur espagnol, ne répond ni au cas figurant à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 93/36, ni à l'une des cinq situations énumérées au paragraphe 3 du même article dans lesquelles le recours à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication est expressément autorisé. Il y a lieu, en outre, de souligner que la notion d'«accord-cadre» n'entre pas dans le champ d'application de ces exceptions.

58 Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, les dispositions qui autorisent les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics de fournitures doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (arrêt du 17 novembre 1993, Commission/Espagne, C-71/92, Rec. p. I-5923, point 36). C'est, dès lors, aux États membres qu'il appartient de démontrer que leur législation constitue une transposition fidèle des hypothèses expressément prévues par la directive. Or, en l'espèce, une telle preuve n'a pas été rapportée par le gouvernement espagnol.

- 59 En conséquence, dans la mesure où elle autorise le recours à la procédure négociée sans publicité préalable dans les procédures qui concernent des biens dont l'uniformité a été déclarée nécessaire pour leur utilisation commune par l'administration, pour autant que le choix du type de biens dont il s'agit ait été effectué préalablement, en vertu d'un appel d'offres, la législation en cause constitue une transposition incorrecte de l'article 6, paragraphes 2 et 3, de la directive 93/36.
- 60 Dans ces conditions, il y a lieu d'accueillir le troisième grief de la Commission.
- 61 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de constater que, en n'ayant pas transposé correctement dans son ordre juridique interne les directives 93/36 et 93/37 et, en particulier,
- en excluant du champ d'application de la loi codifiée, plus précisément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de cette loi, les entités de droit privé qui remplissent les conditions énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, premier, deuxième et troisième tirets, de chacune de ces directives,
  
  - en excluant totalement du champ d'application de la loi codifiée, plus précisément à l'article 3, paragraphe 1, sous c), de cette dernière, les accords de collaboration conclus entre les administrations publiques et les autres entités publiques et, partant, également les accords qui constituent des marchés publics au sens des mêmes directives,

- en permettant, aux articles 141, sous a), et 182, sous a) et g), de la loi codifiée, le recours à la procédure négociée dans deux cas non envisagés par lesdites directives,

le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ces directives.

### Sur les dépens

- 62 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation du royaume d'Espagne et ce dernier ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de le condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) déclare et arrête:

- 1) En n'ayant pas transposé correctement dans son ordre juridique interne les directives 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, et 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et, en particulier,**

- en excluant du champ d'application de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (loi relative aux marchés passés par les

administrations publiques), du 16 juin 2000, dans sa version codifiée approuvée par le Real Decreto Legislativo 2/2000, du 16 juin 2000, plus précisément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de cette loi, les entités de droit privé qui remplissent les conditions énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, sous b), deuxième alinéa, premier, deuxième et troisième tirets, de chacune de ces directives,

- en excluant totalement du champ d'application de la même loi, plus précisément à l'article 3, paragraphe 1, sous c), de cette dernière, les accords de collaboration conclus entre les administrations publiques et les autres entités publiques et, partant, également les accords qui constituent des marchés publics au sens des mêmes directives, et
  
- en permettant, aux articles 141, sous a), et 182, sous a) et g), de ladite loi, le recours à la procédure négociée dans deux cas non envisagés par lesdites directives,

**le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu desdites directives.**

**2) Le royaume d'Espagne est condamné aux dépens.**

Signatures.