
Normes applicables Avis de marché communautaire : l'obligation de renseigner la rubrique relative à l'AMP

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 28 - Décembre 2003

[Plus d'informations](#)

Le fait d'omettre d'indiquer dans l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne si le marché est couvert – ou non – par l'Accord sur les marchés publics (AMP) constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

[Référence : CE du 14 mai 2003, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin, req. n° 251336, inédit au Lebon]

Le Professeur Laurent Richer, dès le début de l'année 2002, avait attiré l'attention des lecteurs de la revue Contrats Publics–L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics sur la nécessité de renseigner la rubrique relative à l'AMP conformément aux modèles d'avis communautaires figurant en annexe de la directive 2001/78 du 13 septembre 2001 portant modification des annexes des différentes directives relatives aux marchés publics(1), sous peine d'illégalité de la procédure de passation(2).

Le Conseil d'État vient de confirmer cette analyse par un arrêt du 14 mai 2003, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin, aux termes duquel il a rejeté le pourvoi en cassation formé par ledit établissement public de coopération intercommunale contre l'ordonnance du magistrat délégué du tribunal administratif de Lille en date du 14 octobre 2002.

Par un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 12 juillet 2002, la communauté d'agglomération de Lens-Liévin avait engagé, sous la forme d'un appel d'offres ouvert, une procédure de passation d'un marché ayant pour objet, sur une durée de quatre ans, le tri de matériaux ménagers recyclables, collectés sélectivement.

Saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative (CJA) par la société SITA Nord qui avait répondu à l'appel d'offres, le juge du référé précontractuel de première instance a annulé la procédure, au motif que l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne ne respectait pas les modèles d'avis communautaires, et notamment la rubrique relative à l'AMP.

En effet, aux termes du 1 de l'article 17 de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services applicable au marché litigieux : « les avis sont établis conformément aux modèles qui figurent aux annexes III et IV et précisent les renseignements qui y sont demandés. »

L'annexe III, dans sa rédaction issue de la directive 2001/78/CE du 13 septembre 2001 précitée, dont la transposition en droit national devait être opérée avant le 1er mai 2002, fixe la liste et le contenu des rubriques que doivent comporter les avis de marché(3).

Le Conseil d'État a rappelé classiquement qu'en l'absence, à la date d'envoi à la publication de l'avis litigieux, de règles nationales relatives au contenu des avis d'appel public à la concurrence, la communauté d'agglomération de Lens-Liévin était tenue d'assurer une publicité de ses intentions compatible, sur ce point, avec les objectifs de la directive, et notamment, les prescriptions de son annexe III(4).

Selon le Conseil d'État, « la circonstance que l'accord international sur les marchés publics n'a pas d'effet direct et que son champ d'application recouvre, en matière de services, celui des directives communautaires, n'est pas de nature à priver de caractère impératif, au regard des objectifs de la directive services, la rubrique relative à cet accord prévue par l'annexe III de ladite directive ».

Si, dans la plupart des cas, les marchés soumis aux directives communautaires sont effectivement couverts par l'AMP, pour autant – et contrairement à ce que pourrait laisser croire la motivation de l'arrêt Communauté d'agglomération de Lens-Liévin précité – force est de constater que le champ d'application de l'AMP, y compris en matière de services, est plus réduit que celui des directives.

Par suite, il existe des hypothèses où il conviendra de cocher la case « non » de la rubrique relative à l'AMP figurant dans l'avis de marché publié au JOUE.

Afin de renseigner correctement la rubrique relative à l'AMP, il convient donc de vérifier les hypothèses dans lesquelles le marché ne serait pas couvert par l'AMP en opérant une distinction entre :

- d'une part, les marchés passés par les « pouvoirs adjudicateurs », c'est-à-dire les administrations au sens large(5) (I) ;
- d'autre part, les marchés passés par les entreprises, lesquelles peuvent être soumises à la directive Secteurs spéciaux(6) et à la directive Travaux lorsqu'elles agissent en tant que concessionnaires de travaux publics (II).

I. Les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs

Lorsqu'ils passent un marché relevant des directives Secteurs classiques, les pouvoirs adjudicateurs doivent cocher la case « oui » relative à l'AMP à deux exceptions près (A). En revanche, il leur appartient de cocher la case « non » lorsqu'ils interviennent dans le domaine des secteurs spéciaux (B).

A) Les marchés soumis aux directives secteurs classiques

En ce qui concerne les marchés soumis aux directives Secteurs classiques(7), seules deux catégories de marchés relevant de la directive Services sont exclues de l'AMP(8) :

- les services de télécommunication (catégorie 5 de l'annexe I-A) correspondant aux catégories de la nomenclature CPC n° 7524 (services de retransmission de programmes de télévision et de radio), n° 7525 (services d'interconnexion) et n° 7526 (services de télécommunication intégrée) ;
- les services de recherche et de développement dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur (catégorie 8 de l'annexe I-A).

En dehors de ces deux cas de figure, les pouvoirs adjudicateurs doivent obligatoirement cocher la case « oui » relative à l'AMP figurant dans l'avis de marché.

B) Les marchés soumis à la directive secteurs spéciaux

En ce qui concerne les marchés relevant de la directive secteurs spéciaux(9), les « pouvoirs adjudicateurs » doivent inscrire dans l'avis de marché à paraître au JOUE que le marché n'est pas couvert par l'AMP. Effectivement, les Communautés européennes ont posé une réserve ayant pour objet de rendre l'AMP inapplicable aux marchés passés par les « pouvoirs adjudicateurs » dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications(10).

II. Les marchés passés par les entreprises

Si certaines catégories de marchés passés par les entreprises publiques sont soumises à l'AMP (A), l'ensemble des marchés passés par les entreprises privées en est exclu (B), de même que les marchés passés par les entreprises – publiques ou privées – en qualité de concessionnaires de travaux publics (C).

A) Les entreprises publiques

Les marchés passés par les entreprises publiques au sens de la directive Secteurs spéciaux sont soumis à l'AMP, sauf ceux conclus dans les domaines suivants :

- le transport ou la distribution de gaz ou de chaleur (annexe III de la directive Secteurs spéciaux) ;
- la prospection et l'extraction de pétrole ou de gaz (annexe IV de ladite directive) ;
- la prospection et l'extraction de charbon et d'autres combustibles (annexe V de ladite directive) ;
- les services de chemin de fer non urbain (annexe VI de ladite directive) ;
- le domaine des télécommunications (annexe X de ladite directive)(11).

Lorsqu'elles envisagent de passer un marché dans les domaines susvisés, il appartient aux entreprises publiques d'indiquer dans l'avis publié au JOUE que le marché n'est pas couvert par l'accord.

B) Les entreprises privées

Les entreprises privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs sont visées à l'article 2-1-b) de la directive Secteurs spéciaux.

En revanche, ces entités n'ont pas été reprises par l'annexe 3 de l'Appendice I déposé par les Communautés européennes.

Par suite, elles doivent indiquer dans l'avis que le marché n'est pas couvert par l'AMP.

C) Les concessionnaires de travaux publics

Lorsqu'elles agissent en tant que concessionnaires de travaux publics, les entreprises privées ou publiques – qui ne sont pas soumises à la directive Travaux en dehors de cette hypothèse – doivent procéder à la publication d'un avis de marché au JOUE(12). Il leur appartient de cocher également la case « non » relative à la rubrique concernant l'AMP(13). À cet égard, il est recommandé, par prudence, de ne pas tenir compte de la mention « champ non indispensable à la publication de l'avis » figurant dans le modèle d'avis communautaire(14) qui laisse à penser que cette mention serait facultative.

Conclusion

Dès lors que le marché envisagé dépasse les seuils en vigueur, il appartient aux pouvoirs adjudicateurs – au sens large – d'être particulièrement attentifs lors de la rédaction des avis de marché en veillant à se conformer fidèlement aux modèles d'avis communautaires. Il convient en toute hypothèse de remplir la rubrique relative à l'AMP. En cas de doute sur le caractère applicable de l'AMP, il est recommandé d'indiquer que le marché est couvert par l'accord afin de réduire au maximum le risque contentieux(15).

A NOTER

Par ce même arrêt Communauté d'agglomération de Lens-Liévin, le Conseil d'État a confirmé que l'absence d'indication dans l'avis sur les modalités de financement et de paiement envisagées pour le marché constituait un vice substantiel de nature à entacher de nullité la procédure de passation, malgré la mention « le cas échéant » dont était assortie cette rubrique dans le modèle d'avis communautaire qui semblait autoriser une interprétation plus souple(a).

Les collectivités publiques pourraient notamment renseigner la rubrique relative aux modalités de financement et de paiement de la manière suivante :

1. financement : budget de la collectivité, voire le cas échéant recours à l'emprunt ou à des subventions ;

2. paiement : dispositions applicables - art. 86 et suivants du code des marchés publics, décret n° 2002-231 du 21 février 2002 relatif au délai maximum de paiement dans les marchés publics et décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics, le cas échéant les stipulations contractuelles particulières.

(a) Voir dans le même sens, concernant les anciens modèles d'avis de marché pour lesquels ne figurait pas cette mention : CE du 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, req. n° 229566 : « De l'importance du contenu de l'avis d'appel à la concurrence », L. Richer, CP-ACCP, n° 5, novembre 2001, p. 31 ; BJCP, n° 20, 2002, p. 21, concl. D. Piveteau, à paraître au Lebon - CE du 19 octobre 2001, Société Alstom transport SA, req. n° 233173 : « Réactions de trois praticiens sur l'arrêt "Alstom" et ses incidences pratiques, N. Charel, L. Richer, et É. Ritter, CP-ACCP, n° 6, décembre 2001, p. 32 ; BJCP, n° 20, 2002, p. 39, concl. D. Piveteau, à paraître aux tables.

A NOTER

Les acheteurs publics qui se soumettent de leur propre initiative aux règles de publicité et de mise en concurrence édictées par les directives communautaires sont tenus de renseigner la rubrique relative à l'AMP sous peine d'illégalité de la procédure de passation(a).

Dans ce cas particulier, le marché n'est pas, par définition, couvert par l'AMP. Les acheteurs publics doivent donc cocher la case « non » de la rubrique relative à l'accord.

(a) Voir en ce sens, mutatis mutandis, CE du 15 octobre 1982, SA Affichages Giraudy, req. n° 21609 : Droit adm., 1982, n° 375 - CE du 21 septembre 1992, Cne de Bagnols-sur-Cèze : Lebon t., p. 1105 - CE du 10 octobre 1994, Ville de Toulouse : Lebon t., p. 1034 - CAA Paris du 27 septembre 2001, Cne de Papeete c/M. Dieumegard, req. nos 00PA02964 et 00PA03449 : CMP, 2002, comm. n° 8, p. 10, note V. Haïm.

EXTRAIT CE du 14 mai 2003, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin, req. n° 251336

« Considérant, d'une part, que la circonstance que l'accord international sur les marchés publics n'a pas d'effet direct et que son champ d'application recouvre en matière de services, celui des directives communautaires, n'est pas de nature à priver de caractère impératif, au regard des objectifs de la directive du 18 juin 1992 précité [directive services], la rubrique relative à cet accord prévu à l'annexe III de cette directive ;

Considérant, d'autre part, que si la rubrique relative aux modalités de financement et de paiement du marché est ainsi libellée, dans sa présentation issue de la directive 2001/78/CE du 13 septembre 2001 : III.1.2 Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références des dispositions applicables (le cas échéant), la mention "le cas échéant" doit être entendue comme ne s'appliquant qu'aux références des dispositions applicables, de sorte que des indications, mêmes succinctes, relatives aux modalités de financement et de paiement, même succinctes, doivent être fournies dans tous les cas ;

Considérant que l'absence dans l'avis d'appel public à concurrence de tout élément correspondant à ces rubriques a entaché la procédure d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombaient à la Communauté d'agglomération de Lens-Liévin. »

(1) Directive 2001/78/CE de la Commission du 13 septembre 2001 portant modification de l'annexe IV de la directive 93/36/CEE du Conseil, des annexes IV, V et VI de la directive 93/37/CEE du Conseil, des annexes III et IV de la directive 92/50/CEE du Conseil, telles que modifiées par la directive 97/52/CE, ainsi que des annexes XII à XV et des annexes XVII et XVIII de la directive 93/38/CEE du Conseil, telle que modifiée par la directive 98/4/CE (directive sur l'utilisation des formulaires standard pour la publication des avis de marchés publics). (2) « Avis de marchés : "Indiquer si le marché est ou non couvert par l'accord" », L. Richer, CP-ACCP, n° 9, mars 2002, p. 61. (3) La directive 2001/78 du 13 septembre 2001 a été transposée en droit interne par l'arrêté du 4 décembre 2002 fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation de marchés publics au JOUE sans que le CMP soit toutefois modifié (JORF, 30 janvier 2003, p. 1848). (4) CE ass. du 6 février 1998, Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais : Lebon, p. 30, concl. H. Savoie. (5) À savoir, 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. Ces entités sont également visées sous le vocable « pouvoirs publics » dans la directive Secteurs spéciaux. (6) Il s'agit des « entités adjudicatrices » autres que les « pouvoirs publics », à savoir les entreprises publiques et les entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs visées à l'article 2-1 de la directive Secteurs spéciaux. (7) Sont visées sous cette dénomination les directives communautaires suivantes : • directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services modifiée (directive Services) ; • directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (directive Fournitures) ; • directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux modifiée (directive Travaux). (8) En réalité, cette affirmation mérite d'être nuancée. Les marchés figurant à l'annexe I-B de la directive Services ne sont pas visés par l'AMP. Toutefois, cette omission n'emporte pas d'incidence dans la mesure où les marchés portant sur les services de l'annexe I-B ne sont soumis à aucune publicité obligatoire préalable, mais seulement à la publication d'un avis d'attribution. (9) Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux modifiée (directive Secteurs spéciaux). (10) Aux termes du document intitulé « Notes générales [...] » qui complète l'AMP : « 6. Les marchés passés par les entités mentionnées aux annexes 1 (Gouvernement central) et 2 (Gouvernements sous-centraux et organismes de droit public) dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, du transport ou des télécommunications ne sont pas inclus. » (11) Annexe 3 de l'Appendice I déposé par les Communautés européennes a contrario. (12) Ces entreprises sont visées par l'article 2-4 de la directive Travaux dans le cadre de leur activité de concessionnaire de travaux publics. (13) Voir annexe 3 de l'Appendice I déposé par les Communautés européennes. (14) Annexe 5 de la directive Travaux. (15) Sur cette question, voir « L'accord sur les marchés publics et l'avis de marché communautaire », O. Caron et A. Labetoule, CMP, novembre 2003, chron. n° 19, p. 4, spéc. p. 9.