

L'accord sur les marchés publics et l'avis de marché communautaire

Chronique par Olivier CARON

et Alexandre LABETOULE

L'accord sur les marchés publics (AMP) a été adopté à Marrakech le 15 avril 1994, au cours des négociations sur le commerce international menées de 1986 à 1994, dans le cadre du cycle de l'Uruguay (Uruguay Round), entre les États signataires du GATT où les Communautés européennes représentaient les quinze États membres.

Cet accord multilatéral, distinct de l'acte final de l'Uruguay Round^{Note 1}, constitue l'annexe 4-b du traité instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Toutefois, seuls certains membres de l'OMC sont parties à l'AMP, qui compte à ce jour quatorze signataires^{Note 2} dont les Communautés européennes.

L'AMP étend aux marchés de services et de travaux le champ d'application de l'accord relatif aux marchés publics du 12 avril 1979 modifié le 2 février 1987, dénommé également "Code GATT des marchés publics", qui concernait uniquement "les produits", c'est-à-dire les marchés de fournitures^{Note 3}.

En vigueur depuis le 1er janvier 1996, l'AMP procède de la même philosophie que les directives communautaires relatives aux marchés publics^{Note 4} : il vise à lutter contre les discriminations en matière de marchés publics en instituant des obligations procédurales auxquelles est assujettie la passation des marchés supérieurs à un seuil conquis par les administrations et des entités non étatiques.

Il existe cependant une différence substantielle entre l'AMP et les directives communautaires. Alors que la définition par les directives de leur champ d'application suffit à déterminer si les marchés en question y sont soumis, le principe de réciprocité qui régit l'application des conventions internationales dites plurilatérales rend la soumission à l'AMP des marchés concernés tributaire des engagements pris par les États signataires^{Note 5}.

Ainsi, l'AMP ne s'applique entre deux parties signataires que si l'une et l'autre ont accepté les mêmes concessions^{Note 6}.

Concrètement, pour savoir si un marché est soumis à l'accord, il convient de consulter l'appendice 1 de l'AMP de chacun des deux États concernés, qui détermine la portée de leur engagement^{Note 7}.

Pour chaque partie, l'appendice 1 comprend cinq annexes :

- l'annexe 1 indique la liste des entités du "Gouvernement central", c'est-à-dire les administrations de l'État ;
- l'annexe 2 contient la liste des entités des "Gouvernements sous-centraux", c'est-à-dire les collectivités locales et les organismes de droit public au sens du droit communautaire ;
- l'annexe 3 présente la liste de toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions de l'accord ;
- l'annexe 4 énumère la liste des services objets de l'accord ;
- l'annexe 5 précise la définition des "services de construction". c'est-à-dire des marchés de travaux.

L'appendice 1 est complété par un document intitulé "Notes générales et dérogations aux dispositions de l'article III" qui atténue la portée des engagements pris par chaque partie dans les annexes susvisées.

Lorsqu'une entreprise non communautaire envisage de se porter candidate à un marché public "communautaire", elle doit ainsi consulter l'appendice 1 déposé par les Communautés européennes et celui déposé par son propre État afin de vérifier :

- d'une part, que les Communautés européennes n'ont pas entendu soustraire le marché à l'AMP par une réserve ;
- d'autre part, que son État d'origine a pris un engagement équivalent envers les Communautés européennes.

Afin de faciliter la tâche du soumissionnaire, l'article IX.11 de l'AMP prévoit que l'avis de publicité doit préciser si le marché est couvert par l'accord^{Note 8}. Celui-ci n'a alors plus qu'à vérifier la seconde condition du rapport de réciprocité en s'assurant que l'État dont il relève a pris les mêmes engagements dans le cadre de l'AMP.

Cette mention a été reprise par la [directive communautaire 97/50 du 13 octobre 1997](#) qui transpose l'AMP en droit communautaire en ce qui concerne les marchés de fournitures, de services et de travaux^{Note 9}.

Elle figure également dans les modèles d'avis communautaires présentés en [annexe de la directive 2001/78 du 13 septembre 2001](#) portant modification des annexes des différentes directives relatives aux marchés publics^{Note 10}.

À cet égard, il convient de relever que les directives communautaires relatives aux marchés publics - telles que modifiées par la [directive 2001/78 du 13 septembre 2001](#) - comptent parmi leurs annexes des modèles d'avis de publicité particulièrement précis.

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 des marchés publics au Journal officiel des Communautés européennes"^{Note 11} sans que le Code des marchés publics ne soit toutefois modifié.

Pour sa part, le Code des marchés publics se contente de prévoir le principe de la publication d'un avis d'appel public à la concurrence sans préciser les mentions qui doivent obligatoirement y figurer ni opérer un renvoi à un texte réglementaire d'application.

Cette situation n'est pas nouvelle puisque sous l'ancien Code des marchés publics, déjà, seul un arrêté du 12 juin 1992 concernant uniquement les marchés "communautaires" de travaux était intervenu en application de l'article 380 du code qui opérait un renvoi à un arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances pour établir un modèle d'avis conforme au droit communautaire.

Le silence du Code des marchés publics sur cette question a conduit le CE à annuler les articles 39 et 40 dudit code relatifs aux avis d'appel public à la concurrence en raison de leur caractère incompatible avec les objectifs des directives communautaires^{Note 12}. La nouvelle rédaction de l'article 40 contenu dans le projet de réforme du Code des marchés publics remédie à cette illégalité en renvoyant à un arrêté, celui du 4 décembre 2002 précité, pour la rédaction des avis d'appel public à la concurrence.

En dépit de cette carence, et dans l'attente de la réforme à venir, les "pouvoirs adjudicateurs"^{Note 13} ne sont pas libres de déterminer le contenu de l'avis.

Le CE considère en effet qu'il appartient à l'acheteur public d'assurer, nonobstant l'absence de mesures nationales sur ce point, une publicité de ses intentions compatibles avec les objectifs des directives^{Note 14}.

Au regard de cette jurisprudence, de l'arrêté du 4 décembre 2002 précité et de la réforme du Code des marchés publics en projet, se pose la question de savoir si la mention relative à l'AMP doit obligatoirement figurer dans l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

À cet égard, le fait que ladite mention, qui figurait initialement à la fin des modèles d'avis communautaires [annexés à la directive 97/52 du 13 octobre 1997](#), se trouve désormais en préambule des modèles d'avis modifiés par la [directive 2001/78 du 13 septembre 2001](#) - et donc en marge des autres renseignements demandés - aurait pu laisser croire qu'elle revêtait un caractère facultatif.

La Haute Assemblée vient récemment d'en décider autrement en confirmant l'ordonnance par laquelle le juge du référé précontractuel du TA de Lille a annulé la procédure de passation d'un marché sur le fondement du caractère incompatible de l'avis avec le modèle d'avis de la directive services :

"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 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" (CE, 14 mai 2003, Cnauté d'agglomération Lens-Liévin, Req. n° 25 1336 : Juris-Data n° 2003-065-369).

Même si l'annulation de la procédure sur ce fondement peut paraître sévère, il appartient au "pouvoir adjudicateur"^{[Note 15](#)} d'indiquer de manière systématique dans l'avis publié au JOUE si le marché est soumis à l'AMP.

Or, en dépit de la motivation de l'arrêt "Communauté d'agglomération de Lens-Liévin" (préc.) aux termes de laquelle le CE a considéré un peu rapidement que " [le] champ d'application [de l'AMP] recouvre en matière de services, celui des directives communautaires", force est de constater que ledit champ d'application de l'AMP, y compris en matière de services, est plus réduit que celui des directives.

Si l'on réserve l'hypothèse, au demeurant non prévue par les textes, où un pouvoir adjudicateur se soumettrait volontairement aux règles de publicité communautaires, cette situation ne doit guère surprendre. Autrement, on comprendrait mal l'utilité de demander aux pouvoirs adjudicateurs de renseigner une telle rubrique si tous les marchés "communautaires" y étaient soumis. Dans un tel cas, la mention figurerait purement et simplement dans la publication du *JOUE*, comme l'autorise l'article IX. 11 de l'AMP^{[Note 16](#)}.

En tout état de cause et en conséquence, afin de pouvoir renseigner cette rubrique, il convient de recenser les catégories de marchés "communautaires" couvertes par l'AMP (1) avant d'envisager, compte tenu des risques d'erreurs inhérents à l'accomplissement de cette formalité - le doute étant parfois permis sur le point de savoir si un marché est couvert ou non par l'accord -, les conséquences d'une telle erreur en cas de recours contentieux de la part d'une entreprise évincée (II).

I. - LES CATÉGORIES DE MARCHÉS COMMUNAUTAIRES COUVERTES PAR L'AMP

^{[Note 17](#)}

Un marché "communautaire" n'est couvert par l'AMP que si deux conditions sont réunies :

- d'une part, les Communautés européennes se sont engagées à soumettre ce marché à l'accord ;
- d'autre part, l'État du soumissionnaire a pris le même engagement.

Afin de renseigner la rubrique de l'avis relatif à l'AMP, les "pouvoirs adjudicateurs"^{[Note 18](#)} doivent donc vérifier si le marché répond à la première condition.

Pour ce faire, il convient de se reporter à l'appendice 1 de l'accord rédigé par les Communautés européennes où sont posés classiquement, sur le modèle des directives communautaires relatives aux marchés publics, trois critères cumulatifs pour définir les marchés concernés par l'accord :

- d'abord, un critère financier (montant à partir duquel les marchés sont soumis à l'AMP) ;
- ensuite, un critère organique (identité des personnes juridiques visées par l'AMP) ;
- enfin, un critère matériel (objet des contrats couverts par l'AMP).

Si le critère financier est toujours rempli dans la mesure où le montant des seuils prévus par les directives et l'accord est identique (cf. AMP, app. I, ann. 1, 2 et 3), il en va en revanche différemment en ce qui concerne les deux autres critères.

Ainsi, certains marchés soumis aux directives ne sont pas couverts par l'AMP en raison de leur objet et/ou de la nature juridique du "pouvoir adjudicateur".

Pour une meilleure présentation des hypothèses où les marchés ne sont pas couverts par l'accord, il convient d'opérer une distinction entre :

- d'une part, les marchés passés par les "pouvoirs adjudicateurs", c'est-à-dire les administrations au sens large^{Note 19} (A) ;
- et d'autre part, les marchés passés par les entreprises, lesquelles peuvent être soumises à la directive secteurs spéciaux^{Note 20} et à la directive travaux lorsqu'elles agissent en tant que concessionnaires de travaux publics (B).

À titre liminaire, il convient d'évoquer l'hypothèse où, alors que le marché ne relève pas des directives communautaires, un acheteur public déciderait de se soumettre volontairement ou par erreur, aux règles de publicité et de mise en concurrence communautaires.

Dans un tel cas de figure, l'acheteur public est tenu de respecter strictement la procédure choisie^{Note 21}. Comme le relève le professeur Chapus. "La liberté est une chose, la fantaisie en est une autre"^{Note 22}.

Il se trouverait ainsi dans l'obligation, lui aussi, de renseigner la rubrique relative à l'AMP, sous peine de nullité de la procédure de passation. De même, le caractère erroné de la mention relative à l'AMP emporterait les mêmes conséquences que si le marché entrait dans le champ d'application des directives communautaires relatives aux marchés publics. Pour remplir correctement cette rubrique, l'acheteur public devrait indiquer que le marché n'est pas couvert par l'accord. Effectivement, le marché, quel que soit le critère (financier, matériel ou organique) pour lequel il n'est pas soumis aux directives communautaires, devrait *a fortiori* ne pas être couvert par l'accord, dans la mesure où le champ d'application de l'AMP est plus restreint que celui des directives.

A. - LES MARCHÉS PASSÉS PAR LES "POUVOIRS ADJUDICATEURS"

En ce qui concerne les marchés passés par les "pouvoirs adjudicateurs". les directives Secteurs classiques recouvrent majoritairement le champ d'application de l'AMP (1°), alors que la directive Secteurs spéciaux en est exclue (2°).

» 1°) Les marchés relevant des directives Secteurs classiques

Il ressort des stipulations de l'accord que, d'une part, l'ensemble des marchés relevant des directives Fournitures et Travaux est soumis à l'AMP (a) et que, d'autre part, les marchés relevant de la directive Services ne sont que partiellement couverts par l'accord (b).

a) Les marchés de fournitures et de travaux

1) Les marchés publics de fournitures

L'AMP stipule en son article 1.2 que "Le présent accord s'applique aux marchés passés par tout moyen contractuel, y compris sous forme d'achat ou sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, comprenant toute combinaison, quelle qu'elle soit, de produits et de services".

L'accord ne prévoit aucune définition du marché de fournitures de nature à diminuer cet engagement de principe qui englobe tous les marchés de fournitures.

Par ailleurs, en dehors des rares exceptions prévues dans le document intitulé "Notes générales (...)" mais qui figurent également dans la directive Fournitures^{Note 23}, l'appendice 1 ne prévoit aucune réserve particulière quant aux marchés de fournitures.

On doit donc en déduire que tous les marchés portant sur des produits sont soumis à l'AMP.

2) Les marchés publics de travaux

En ce qui concerne les marchés de travaux, l'annexe 5 de l'appendice 1 de l'AMP adopte une définition extensive de cette notion :

"un marché de services de construction est un marché qui a pour objet la réalisation, par quelque moyen que ce soit, des travaux de bâtiment ou de génie civil, au sens de la division 51 de la Classification centrale des produits."

Si elle n'est pas identique à celle contenue dans la directive Travaux^{Note 24}, il n'en demeure pas moins que cette définition très large devrait recouvrir l'ensemble des marchés visés par la directive Travaux, y compris les marchés comprenant à la fois des études et des travaux.

Cette analyse est confirmée par la liste de la nomenclature 51 de la Classification centrale des produits jointe à l'annexe 5 qui vise en dernier lieu les "Autres services" (catégorie 518), catégorie résiduelle qui devrait permettre d'englober d'autres marchés que les marchés de travaux *stricto sensu*.

En outre, comme en matière de marchés de fournitures, en dehors des rares exceptions prévues dans le document intitulé "Notes générales (...)" mais qui figurent également dans la directive Travaux^{Note 25}, l'appendice 1 ne comporte aucune réserve particulière en ce qui concerne les marchés de travaux.

On ne voit guère dès lors quelle catégorie de marchés visés par la directive Travaux pourrait échapper au champ d'application de l'AMP.

L'ensemble des marchés de fournitures et de travaux "communautaires" passés par les "pouvoirs adjudicateurs" entre donc dans le champ d'application de l'AMP.

b) Les marchés de services

Le champ d'application de l'AMP en matière de services est plus réduit que celui de la directive Services de telle sorte que l'ensemble des services figurant à l'annexe 1 B et certains marchés de l'annexe 1 A ne sont pas couverts par l'accord.

1) Les services figurant à l'annexe 1 B de la directive Services

Les services figurant à l'annexe 1 B de ladite directive ne sont pas visés par l'accord.

Cette omission n'a pas d'incidence sur la mention relative à l'AMP devant figurer dans les avis de marché, dans la mesure où les marchés portant sur les services de l'annexe 1 B ne sont soumis à aucune publicité préalable mais seulement à la publication d'un avis d'attribution en application des dispositions de l'article 9 et de l'article 16 de la directive Services.

En revanche, il en va différemment s'agissant des marchés de services figurant à l'annexe 1 A de ladite directive.

2) Les services figurant à l'annexe 1 A de la directive Services

Alors que les marchés de services figurant à l'annexe 1 A sont soumis à une obligation de publicité préalable en application des dispositions de l'article 8 et de l'article 15.2 de la directive Services, certains de ces marchés sont expressément exclus de l'accord ou ne sont pas repris à l'annexe 4 de l'appendice 1 déposé par les Communautés européennes.

En premier lieu, sont expressément exclus de l'AMP les services de télécommunication, (AMP, ann. 1 A, catégorie 5) 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).

En second lieu, n'ont pas été repris par l'AMP, 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 (AMP, ann. 1 A, catégorie 8).

» 2°) Les marchés relevant de la directive Secteurs spéciaux

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.

Aux termes du document intitulé "Notes générales (...)" :

"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."

Cette stipulation a pour effet d'exclure purement et simplement du champ d'application de l'AMP les marchés soumis à la directive Secteurs spéciaux passés par les pouvoirs publics.

En résumé, il résulte de ce qui précède que les "pouvoirs adjudicateurs" doivent inscrire dans l'avis de publicité publié au JOUE que le marché est couvert par l'AMP. sauf dans les hypothèses suivantes :

- d'une part. lorsqu'il s'agit de marchés de services ayant pour objet :
 - les services de télécommunication correspondant aux catégories n° 7524. n° 7525 et n° 7526 de la nomenclature CPC.
 - 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 ;
- d'autre part. lorsque sont concernés des marchés relevant de la directive Secteurs spéciaux.

B. - LES MARCHÉS PASSÉS PAR LES ENTREPRISES

En dehors des "pouvoirs adjudicateurs", d'autres entités visées par les directives Secteurs spéciaux et Travaux se trouvent dans l'obligation de procéder à la publication d'un avis de marché au JOUE.

Il convient donc également de vérifier si les marchés passés par ces entités sont couverts par l'AMP.

» 1°) Les marchés passés par les entreprises publiques dans le domaine des secteurs spéciaux

En vertu de l'annexe 3 de l'appendice 1 déposé par les Communautés européennes, sont soumises à l'AMP les entreprises publiques au sens de la directive Secteurs spéciaux qui exercent une des activités ou plusieurs des activités suivantes :

- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable ;
- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ou l'alimentation de ces réseaux en électricité ;
- la mise à disposition des transporteurs aériens d'aéroports ou d'autres terminaux de transport :

- la mise à disposition des transporteurs maritimes ou fluviaux de ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transports ;
- l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport urbain par chemin de fer, système automatique, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

Cette même annexe précise que les pouvoirs publics ou autorités publiques énumérés aux annexes I (production, transport ou distribution d'eau potable), II (production, transport ou distribution d'électricité), VII (entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer), VIII (entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires), et IX (entités adjudicatrices dans le domaine des installations portuaires maritimes ou intérieures ou autres terminaux) de la directive 93/38 répondent à ces critères.

Toutefois, l'annexe 3 de l'appendice 1 déposé par les Communautés européennes ne reprend pas certaines activités visées par la directive Secteurs spéciaux, à savoir :

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

Aussi, doit-on en déduire que les marchés conclus par les entreprises publiques dans les domaines sus-énumérés sont soumis à la directive Secteurs spéciaux mais non à l'AMP.

» 2°) Les marchés passés par les entreprises privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans le domaine des secteurs spéciaux

L'article 2.1 b) de la directive Secteurs spéciaux dispose que les entreprises privées sont soumises à ladite directive lorsqu'elles bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.

Ces entités n'ont pas été reprises par l'annexe 3 de l'appendice 1 déposé par les Communautés européennes qui ne vise que "les autorités adjudicatrices au sens de l'article 2 de la directive 93/38/CEE qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques".

En conséquence, l'ensemble des marchés conclus par les entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans les domaines d'activités visés par la directive Secteurs spéciaux n'est pas couvert par l'AMP.

» 3°) Les marchés des concessionnaires de travaux publics visés par la directive Travaux

Aux termes des dispositions de l'article 2.4 de la directive Travaux :

"Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les concessionnaires de travaux publics autres que les pouvoirs adjudicateurs appliquent les règles de publicité définies à l'article 11 paragraphes 4, 6, 7 et 9 à 13 et à l'article 16 dans la passation des marchés de travaux avec les tiers

Ainsi, lorsqu'elles concluent un marché de travaux dans le cadre de leur activité de concessionnaire de travaux publics, les entreprises privées ou publiques, qui ne sont pas soumises en principe à la directive Travaux, doivent procéder à la publication d'un avis de marché au JOUE.

En d'autres termes, lorsqu'elles agissent en tant que concessionnaires de travaux publics, les entreprises relèvent de la directive Travaux.

En revanche, les marchés conclus par les concessionnaires de travaux publics (autres que les pouvoirs adjudicateurs) ne sont pas visés par l'AMP.

En effet, l'annexe 3 de l'appendice 1 déposé par les Communautés européennes a limité la liste de toutes les autres entités qui passent des marchés conformément aux dispositions de l'accord (autres que les entités des Gouvernements centraux et sous-centraux) aux seules entreprises publiques qui interviennent dans certains domaines bien définis visés par la directive Secteurs spéciaux.

Dans ces conditions, les entreprises privées et les entreprises publiques concessionnaires de travaux publics^{Note 26} ne sont pas, à notre sens, couvertes par l'AMP.

Il leur appartient donc de cocher la case "non" de la rubrique de l'avis de marché relative à l'AMP.

À cet égard, il convient d'observer que dans le modèle d'avis figurant à l'annexe V de la directive Travaux modifié par la directive 2001/78, cette rubrique est assortie de la mention "champ non indispensable à la publication de l'avis" qui laisse à penser que cette mention serait facultative.

Pour autant, la prudence s'impose.

D'une part, aucune raison objective ne justifie, de notre point de vue, que cette rubrique ne soit pas remplie. En effet, on saisit mal la raison pour laquelle les mêmes entreprises - privées en l'occurrence - bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs devraient obligatoirement renseigner la mention relative à l'AMP lorsqu'elles agissent dans le domaine des secteurs spéciaux^{Note 27} et non lorsqu'elles interviendraient en tant que concessionnaires de travaux publics ? Quelle portée donner alors à l'indication "champ non indispensable à la publication de l'avis" ?

D'autre part, la jurisprudence du CE sur le formalisme des avis de marchés communautaires paraît s'orienter vers une interprétation très stricte et rigoureuse des mentions devant figurer dans lesdits avis^{Note 28}.

Il est donc conseillé, par précaution, de renseigner la rubrique.

En résumé, en ce qui concerne les entreprises, sont couvertes par l'AMP uniquement les entreprises publiques- à l'exclusion des entreprises privées - qui exercent une des activités ou plusieurs des activités suivantes :

- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable ;
- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ou l'alimentation de ces réseaux en électricité ;
- la mise à disposition des transporteurs aériens des aéroports ou d'autres terminaux de transport ;
- la mise à disposition des transporteurs maritimes ou fluviaux des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transports ;
- l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport urbain par chemin de fer. système automatique, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

Le fait que les entreprises publiques soient soumises à l'accord, alors que les organismes de droit public ne le sont pas, est susceptible de créer des difficultés pour remplir la rubrique relative à l'AMP.

En effet, la directive Secteurs spéciaux définit l'entreprise publique comme l'entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles, qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise, détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise^{Note 29}.

Classiquement, les organismes de droit public sont définis par les directives communautaires comme les organismes créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dotés d'une 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 exercé par ces derniers, soit enfin, 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^{Note 30}.

Ainsi, les notions d'organisme de droit public et d'entreprise publique se recoupent. La seule différence notable entre les deux définitions précitées réside dans le fait que l'entreprise publique, contrairement à l'organisme de droit public, peut avoir un caractère industriel ou commercial^{Note 31}.

Dans certaines hypothèses, il existe donc une incertitude sur le fait de savoir si un marché est couvert ou non par l'accord. Se pose alors la question des effets du caractère erroné de la mention relative à l'AMP.

II. LES CONSÉQUENCES CONTENTIEUSES DU CARACTÈRE ERRONÉ DE LA MENTION RELATIVE À L'AMP

Afin de déterminer les risques contentieux encourus en cas de mention relative à l'AMP erronée (B), il convient au préalable d'examiner brièvement le contrôle juridictionnel des avis de marché communautaires (A).

A. - LE CONTRÔLE RIGOUREUX DES AVIS DE MARCHÉ COMMUNAUTAIRE

Les objectifs de publicité et de mise en concurrence des directives communautaires relatives aux marchés publics doivent être respectés après expiration du délai de transposition, que les directives aient été transposées^{Note 32}, imparfaitement transposées^{Note 33} ou non transposées^{Note 34}.

En conséquence, le juge administratif vérifie si l'acheteur public assure une publicité de ses intentions compatibles avec les objectifs des directives.

La position du CE sur cette question, dans la lignée de la jurisprudence "Cohn-Bendit"^{Note 35}, a pu paraître moins stricte que celle de la Cour de justice des Communautés européennes^{Note 36} (1). En réalité, le contrôle exercé par la Haute Assemblée sur les avis de marché par rapport aux modèles communautaires s'avère très formaliste (2).

» 1°) Un contrôle moins strict en apparence

La Cour de justice des Communautés européennes censure, comme manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence communautaires, toute information ou toute omission concernant les mentions de l'avis de marché de nature à fausser le jeu de la concurrence et à nuire à la transparence^{Note 37}.

Ainsi, l'omission de la mention "ou équivalent" après la désignation de prescriptions techniques dans l'avis de marché constitue une irrégularité, au motif notamment qu'elle est susceptible de dissuader les opérateurs économiques de concourir à la procédure d'appel d'offres^{Note 38}.

De même, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que le fait de ne pas indiquer dans l'avis les personnes admises à assister à l'ouverture des offres ainsi que les jour, heure et lieu de l'ouverture constitue un manquement à l'obligation de publicité. Elle considère, en effet, qu'il s'agit de mentions obligatoires et inconditionnelles dans la mesure où ces informations

permettent aux candidats de connaître l'identité de leurs concurrents et de vérifier s'ils répondent aux critères de sélection prévus^{Note 39}.

En revanche, alors même que les modèles d'avis de marché annexés à la directive Services prévoyaient une telle mention, le CE a jugé, par une décision "Compagnie générale des eaux", qu'" en l'absence en droit français d'obligations imposant le caractère public de la séance d'ouverture des plis, l'absence dans l'avis d'appel public à la concurrence de précisions relatives aux personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres ainsi qu'aux date, heure et lieu de cette ouverture n'a entaché la procédure d'aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence découlant des exigences communautaires"^{Note 40}.

Le CE fait ainsi preuve d'un certain pragmatisme pour exercer son contrôle sur le caractère compatible de l'avis avec les objectifs des directives. Un avis de marché qui ne comporterait pas toutes les mentions figurant dans le modèle communautaire ne serait pas pour autant illégal.

Cette analyse est confirmée par les conclusions du commissaire de Gouvernement Piveteau sur l'arrêt "Alstom" rendu postérieurement à la décision "Compagnie générale des eaux" :

"Votre décision "Compagnie générale des eaux" précitée a précisé que cette obligation [application spontanée des procédures que le texte de transposition aurait dû prévoir] n'imposait pas forcément que soient reprises, dans l'avis d'appel public à la concurrence, toutes les mentions énumérées par les directives européennes.

L'arrêté interministériel de transposition (celui qui n'est jamais intervenu) n'aurait, en effet, été tenu de reprendre que les seules mentions dont l'absence aurait été incompatible avec les objectifs des directives à transposer.

Ce sont ces mentions là. et celles-là seulement, dont l'absence entache la procédure d'irrégularité"^{Note 41}

En d'autres termes, "l'administration n'est tenue d'exécuter les obligations précises et inconditionnelles d'une directive que dans la mesure où elles participent à la mise en œuvre des objectifs généraux fixés par cette directive"^{Note 42}.

Le CE s'écartait ainsi de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Le commissaire du Gouvernement Piveteau concluant sur l'arrêt "Compagnie générale des eaux" justifiait cette solution notamment par le fait que dans les annexes de la directive Travaux rédigées postérieurement "plus prudemment", la mention des personnes admises à assister à l'ouverture des offres était précédée de la mention "le cas échéant" et que, partant, elle n'était pas obligatoire^{Note 43}.

» 2°) Un contrôle formaliste en réalité

a) La position du CE est moins souple que pourrait le laisser penser la solution, dégagée dans la décision "Compagnie générale des eaux" précitée, relative à la mention concernant la séance d'ouverture des plis.

Effectivement, par cette même décision, le CE a annulé la procédure de passation au motif que l'absence d'indication dans l'avis de marché sur la ou les langues dans lesquelles l'offre peut être rédigée n'est pas compatible avec les objectifs des directives communautaires relatives aux marchés publics^{Note 44}.

En outre, dans la même décision confirmée par l'arrêt "Alstom", la Haute Assemblée a considéré que l'absence de renseignements sur les modalités de financement et de paiement envisagées pour le marché dans l'avis constituait un vice substantiel de nature à entacher de nullité la procédure de passation^{Note 45}.

Par ailleurs, sa position sur la mention "le cas échéant" figurant dans les modèles d'avis de marché invite à la plus grande rigueur : cette indication ne signifie pas *ipso facto* que la rubrique à laquelle elle est assortie ne doit pas être renseignée.

Aussi, le juge administratif doit vérifier si l'omission d'une rubrique figurant dans les modèles d'avis de marché communautaires se justifie au cas d'espèce au regard de l'objectif de mise en concurrence poursuivi, et cette vérification doit s'opérer en toute hypothèse, c'est-à-dire, y compris lorsque cette rubrique est précédée ou suivie de la mention "le cas échéant"^{Note 46}.

Plus récemment, le CE a considéré 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 cependant comme ne s'appliquant qu'aux références des dispositions applicables, de sorte que des indications sur les modalités de financement et de paiement, même succinctes, doivent être fournies dans tous les cas^{Note 47}.

Le CE fait ainsi prévaloir une interprétation très stricte dans la mesure où la mention "le cas échéant" et l'expression "et/ou" comprises dans la rubrique III.1.2. paraissent redondantes.

D'une manière plus souple, il aurait été envisageable de considérer que la rubrique n'était nécessaire que lorsque le mode de financement du marché comportait, pour le candidat, un aléa ou un caractère original (attente d'une subvention, recours à l'emprunt, clause de paiement différé...) ^{Note 48}.

Il s'ensuit que, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser les conclusions précitées du commissaire du Gouvernement Piveteau sur l'arrêt "Compagnie générale des eaux", la mention "le cas échéant" figurant dans les modèles d'avis communautaires ne permet pas aux "pouvoirs adjudicateurs" de s'affranchir de renseigner les rubriques précédées ou suivies de cette mention.

Enfin, le CE a, dans la décision "Communauté d'agglomération de Lens-Lièvin", censuré l'omission de renseigner la rubrique relative à l'AMP, en précisant 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 précitée [directive Services] la rubrique relative à cet accord"[Note 49](#).

La position du CE, de plus en plus rigoureuse, n'est donc pas si éloignée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne. Cette orientation vraisemblable vers un contrôle de la conformité de l'avis constitue sans doute un effet de la transposition en droit français des modèles d'avis communautaires.

b) Ainsi, la Haute Assemblée tend à uniformiser sa jurisprudence sur l'application des règles de publicité et de mise en concurrence sans qu'il y ait lieu de distinguer les obligations issues du droit national-pour lesquelles le juge administratif se montre traditionnellement très formaliste - de celles issues du droit communautaire.

En effet, il ressort de la jurisprudence du CE relative aux avis d'appel public à la concurrence publiés en application du droit national. qu'il censure, comme manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, tout élément ayant faussé l'égalité entre les concurrents dans la procédure de passation. Sont ainsi sanctionnées la méconnaissance des règles de publicité applicables au contrat concerné tout comme les irrégularités ayant favorisé ou éliminé un candidat.

En d'autres termes, le juge administratif considère qu'un vice est substantiel dès lors que les irrégularités constatées ont pour objet ou pour effet de rompre l'égalité entre les concurrents et. partant, de fausser le jeu de la concurrence[Note 50](#).

Par suite, l'avis d'appel public à la concurrence n'indiquant pas que le marché est divisé en deux lots vicie la procédure de passation à laquelle le contrat est soumis, dans la mesure où cette omission a pu dissuader des candidats éventuels d'envisager de concourir[Note 51](#).

De même, les ambiguïtés contenues dans les documents remis aux candidats qui ont un effet dissuasif sur les solutions techniques susceptibles d'être apportées par lesdits candidats constituent un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence[Note 52](#).

Par conséquent, afin de déterminer si le vice affectant la mention relative à l'AMP est substantiel ou non. il importe de savoir si l'irrégularité constatée a eu pour effet potentiel de fausser le jeu de la concurrence. Le risque contentieux encouru par les acheteurs publics pourrait ainsi varier suivant l'erreur commise.

B. - LE RISQUE CONTENTIEUX DU CARACTÈRE ERRONÉ DE LA MENTION RELATIVE À L'AMP

Trois hypothèses doivent être distinguées.

D'abord, la rubrique n'est pas renseignée. Dans ce cas de figure, rappelons pour mémoire qu'une telle erreur entache de nullité la procédure de publicité et de mise en concurrence à laquelle le marché est soumis^{Note 53}.

Ensuite, l'avis indique à tort que le marché n'est pas couvert par l'AMP.

Enfin, et à l'inverse, l'avis précise de manière erronée que le marché est couvert par l'AMP.

Seules les deux dernières hypothèses sur lequel le juge administratif n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer retiendront notre attention^{Note 54}.

» 1°) L'avis indique à tort que le marché n'est pas couvert par l'AMP

L'indication à tort dans l'avis de marché que le contrat n'est pas soumis à l'accord, comme l'absence de tout renseignement, sont de nature à dissuader des opérateurs économiques extra-communautaires de soumissionner et, partant, à fausser le jeu de la concurrence. Effectivement, les entreprises extra-communautaires renonceraient certainement à présenter une offre dès lors que l'avis de marché indiquerait que le marché ne leur est pas ouvert.

En conséquence, ainsi que l'a jugé le CE à propos de l'absence de tout renseignement^{Note 55}, le fait de préciser de manière erronée que le marché n'est pas couvert par l'AMP entacherait de nullité la procédure de publicité et de mise en concurrence à laquelle le marché est soumis.

Dans un tel cas de figure, en cas de recours contentieux de la part d'une entreprise intéressée - communautaire ou non -, il existe un risque sérieux d'annulation de la procédure de passation.

» 2°) L'avis indique à tort que le marché est couvert par l'AMP

Dans cette hypothèse, il convient de distinguer les deux situations suivantes.

a) En premier lieu, le "pouvoir adjudicateur" accepte d'examiner l'offre du soumissionnaire extra-communautaire au même titre que celle présentée par n'importe quelle autre entreprise.

De deux choses l'une.

Soit l'offre est rejetée au motif qu'elle n'est pas économiquement la plus avantageuse et, dans ces conditions, tout se passe de manière classique, l'entreprise extra-communautaire dont l'offre a été rejetée ne dispose d'aucun recours particulier contre le "pouvoir adjudicateur".

Soit, à l'inverse, l'entreprise extra-communautaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse se voit attribuer le marché.

Le recours d'une entreprise communautaire dont l'offre a été rejetée ne présenterait guère de chance de succès, et ce, que la requête repose sur les moyens tirés du caractère erroné de l'avis ou de l'attribution du marché à une entreprise non communautaire.

Au regard de la jurisprudence précitée, le premier moyen devrait être écarté car le caractère erroné de l'avis ne porte nullement atteinte à la concurrence, bien au contraire. Ainsi, l'erreur de l'acheteur public n'irait pas à l'encontre des objectifs poursuivis par les directives.

Quant au second moyen, il n'existe à notre connaissance aucun texte ni principe interdisant à un acheteur public de retenir l'offre d'une entreprise non communautaire sous prétexte qu'elle ne pourrait se prévaloir de l'AMP. Il ne devrait donc pas plus prospérer.

b) En second lieu, le "pouvoir adjudicateur" se rend compte de son erreur et décide de ne pas attribuer le marché à l'entreprise sur ce fondement.

Dans ces conditions, l'entreprise évincée ne devrait pas pouvoir obtenir l'annulation de la procédure, puisqu'elle ne saurait se prévaloir de l'AMP. Toute autre solution aurait pour conséquence pratique de priver d'effet le refus des Communautés européennes d'ouvrir une catégorie de marchés donnée aux entreprises de tel ou tel Etat non membre de l'Union européenne. Cette situation entraînerait une distorsion de concurrence entre les entreprises communautaires qui n'auraient pas accès au marché de cet État et les autres entreprises qui auraient la possibilité par la voie judiciaire de faire échec à la volonté politique de l'Union européenne.

Cependant, l'entreprise extra-communautaire qui certaine de ses chances d'obtenir le marché, aurait présenté sa candidature ou une offre dans le cadre de la procédure de passation, pourrait être tentée d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur sur le fondement de la faute liée au caractère erroné de l'avis.

De notre point de vue, la jurisprudence du CE, en vertu de laquelle l'entreprise qui demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière du marché a droit à l'indemnisation partielle ou complète du manque à gagner dès lors qu'elle n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché^{Note 56}, ne devrait pas lui être applicable.

Effectivement, l'entreprise extra-communautaire se trouve dans une situation particulière où dès le départ, elle n'avait aucune chance d'obtenir le marché puisqu'elle ne disposait pas d'un droit d'accès au marché réservé aux entreprises communautaires.

En revanche, l'entreprise extra-communautaire devrait pouvoir obtenir réparation de son préjudice lié au frais de constitution du dossier de candidature sur le fondement de la faute commise par le pouvoir adjudicateur qui l'a induite en erreur.

Toutefois, sur ce terrain, la responsabilité du "pouvoir adjudicateur" pourrait être atténuée par l'imprudence commise par l'entreprise qui n'a pas vérifié si cette indication était exacte avant de présenter sa candidature ou son offre.

Enfin, il convient de réserver l'hypothèse où le marché serait exclu de l'AMP, non pas d'une manière générale, c'est-à-dire en raison de l'objet du marché ou de l'identité de l'acheteur public, mais uniquement à l'égard des certaines entreprises en raison de leur nationalité, et ce, bien qu'elles appartiennent à un État partie à l'accord.

L'hypothèse serait la suivante : l'État dont relève l'entreprise extra-communautaire n'a pas pris les mêmes engagements envers les Communautés européennes ou a été exclu expressément en tant que tel par les Communautés européennes au titre de la note générale n° 1 déposée par elles, au motif qu'il n'assurerait pas aux entreprises de l'Union européenne un accès comparable et effectif aux marchés considérés^{Note 57}.

En ne se renseignant pas préalablement sur l'engagement réciproque des deux parties à l'accord, l'entreprise extra-communautaire qui soumissionnerait à un marché en dépit de ces considérations, commettrait une faute de nature à exonérer de toute responsabilité le "pouvoir adjudicateur".

En conclusion, il est évidemment recommandé de se référer fidèlement au modèle d'avis communautaire dès lors que la procédure de passation du marché envisagé dépasse les seuils en vigueur. En cas de doute sur le caractère applicable de l'AMP, il est préférable d'indiquer dans l'avis que le marché est couvert par l'accord. Le risque contentieux s'en trouverait fortement réduit.

**LE MARCHÉ EST-IL COUVERT
PAR L'ACCORD SUR LES MARCHÉS PUBLICS ?**

	Secteurs classiques			Secteurs spéciaux (directive 93/38/CEE)
	Travaux (directive 93/37/CEE)	Fournitures (directive 93/36/CEE)	Services (directive 92/50/CEE)	
Pouvoirs adjudicateurs (État, collectivités territoriales, organismes de droit public et associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public)	OUI	OUI	Sauf : - les services de télécommunication correspondant aux catégories n° 7524, n° 7525 et n° 7526 de la nomenclature CPC - les services de recherche et de développement (catégorie n° 8 de l'annexe I A de ladite directive)	NON
Entreprises publiques	Néant (sauf en tant que concessionnaires de travaux publics, voir infra)	Néant	Néant	Sauf : - le transport ou la distribution de gaz ou de chaleur - la prospection et l'extraction de pétrole ou de gaz - la prospection et l'extraction de charbon et d'autres combustibles - les services de chemin de fer non urbain - le domaine des télécommunications
Entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs	Néant (sauf en tant que concessionnaires de travaux publics, voir infra)	Néant	Néant	NON
Concessionnaires de travaux publics (entités autres que les pouvoirs adjudicateurs)	NON	Néant	Néant	Néant (sauf entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et entreprises publiques, voir supra)

(*) Ce tableau indique la réponse à apporter pour les marchés entrant dans le champ d'application des directives communautaires relatives aux marchés publics.
 (***) Si l'acheteur public décide de se soumettre volontairement aux règles de publicité et de mise en concurrence communautaires, il lui appartient alors de cocher la case NON de la rubrique concernant l'AMP.

[Note 1](#) . L'acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay" contient les textes des accords ainsi que des décisions et déclarations ministérielles interprétatives, soit environ 60 documents représentant 550 pages au total. Parmi ces accords, figure celui instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) auquel l'AMP a été annexé (ann. 4 b).

[Note 2](#) . Il s'agit des parties suivantes : Canada. Chine. Communautés européennes. Corée. Etats-Unis. Hong Kong. Islande. Israël. Japon. Liechtenstein. Norvège. Pays-Bas. Singapour. Suisse.

[Note 3](#) . L'AMP se substitue à l'accord du 12 avril 1979 modifié (cf. AMP. art. XXIV c).

[Note 4](#) . Sont visées sous cette dénomination les directives communautaires suivantes : Cons. UE, dir. n° 92/50/CEE, 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services modifiée (dir. Services) : Cons. UE. dir. n° 93/36/CEE, [4 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (dir. Fournitures modifiée) : Cons. UE. dir. n° 93/37/CEE. 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux modifiée (directive Travaux) : Cons. UE. dir. n° 93/38/CEE. 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux modifiée (directive Secteurs spéciaux).

[Note 5](#) . Principe de réciprocité rappelé à l'article 11.3 de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce : "Les accords et instruments juridiques connexes repris dans l'Annexe 4 (ci-après dénommés les "Accords commerciaux plurilatéraux") font également partie du présent accord pour les Membres qui les ont acceptés et sont contraignants pour ces Membres. Les Accords commerciaux plurilatéraux ne créent ni obligations ni droits pour les Membres qui ne les ont pas acceptés."

[Note 6](#) . Cf. article XXIV. de l'AMP : "Non application du présent accord entre les Parties : le présent accord ne s'appliquera pas entre deux Parties si l'une ou l'autre de ces Parties au moment de son acceptation ou de son accession, ne consent pas à cette application ".

[Note 7](#) . Outre l'appendice I, l'AMP comprend trois appendices précisant pour chaque État le (ou les) organe(s) de publication : - d'abord, des avis de marchés envisagés (app. II) ; - ensuite, des listes permanentes de fournisseurs de produits et de services qualifiés dans le cas des procédures sélectives - lorsqu'elles existent (app. III) : - et enfin, de la législation et de la jurisprudence relatives aux marchés publics (app. IV).

[Note 8](#) . Aux termes de l'article IX. de l'AMP : "Les entités préciseront, dans les avis visés dans le présent article ou dans la publication où les avis paraissent, que le marché est couvert par l'Accord."

[Note 9](#) . Cf. PE et Cons. UE. [dir. 97/52/CE, ann. II](#). III et IV. 13 oct. 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE, et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement. En revanche, s'agissant des marchés relevant de la directive Secteurs spéciaux, la transposition de l'AMP a été réalisée dans un premier temps de manière incomplète puisque les modèles d'avis figurant en [annexe de la directive 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998](#) modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunication ne comportent pas la mention relative à l'AMP. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la [directive 2001/78/CE du 13 septembre 2001](#) pour que

la mention relative à l'AMP figure désormais également dans les modèles d'avis concernant les marchés des secteurs spéciaux (voir note ci-après).

[Note 10](#) . Cons. UE. [dir. 2001/78/CE, 13 sept. 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).

[Note 11](#) . JORF, 30 janv. 2003, p. 1848.

[Note 12](#) . CE. 28 avr. 2003. Fédération française des courtiers d'assurances et réassurance et a. Req. n° 33343, 233474 : CMP 2003, comm. 118. - 28 avr. 2003. Synd. nat. des pharmaciens et praticiens hospitaliers universitaires et a., Req. n° 237717.

[Note 13](#) . L'expression est employée dans son acception la plus large englobant l'ensemble des entités soumises aux directives communautaires relatives aux marchés publics (c'est-à-dire les "pouvoirs adjudicateurs" visés par les directives Secteurs classiques (directives Services, Fournitures, Travaux - voir sur l'intitulé exact desdites directives la note n° 4). les "entités adjudicatrices" visés par la directive Secteurs spéciaux et également les "concessionnaires de travaux publics" visés par la directive Travaux).

[Note 14](#) . CE, ass., 6 fév. 1998, Tête et Assoc. de sauvegarde de l'Ouest lyonnais : Rec. CE, p. 30, concl. H. Savoie. - 27 juill. 2001. C ic générale eaux, Req. n° 229.566 : BJCP 2001, p. 21, concl. D. Piveteau : CMP 2001, comm. 183, note F. Olivier. - 19 oct. 2001, Sté Alstom transport SA, Req. n° 233.173 : BJCP 2001, p. 39 : CMP 2002, comm. 7, note F. Llorens.

[Note 15](#) . Cette notion est entendue dans son acception large.

[Note 16](#) . Cf. note 8.

[Note 17](#) . Cf. en annexe, le tableau de synthèse.

[Note 18](#) . L'expression est ici employée dans son acception large.

[Note 19](#) . 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.

[Note 20](#) . s'agit des "entités adjudicatrices" autres que les "pouvoirs publicc" — 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.

[Note 21](#) . En ce sens. CE. 15 oct. 1982. SA Affichages Giraudy, Req. n° 21.609 : Dr. adm. 1982. comm. 375. - 21 sept. 1992. Cne Bagnols-sur-Cèze : Rec. CE, tables p. 1105. - 10 oct. 1994, Ville Toulouse : Rec. CE. tables p. 1034. CAA Paris, 27 sept. 2001, Cne Papeete c/ Dieumegard. Req. n° OOPA02964 et OOPA03449 : CMP 2002. comm. 8, note V. Haïm.

[Note 22](#) . Chapus R., Droit administratif général, tome 1 : Montchrestien. 15 e éd., 2001, p. 1031. n° 1223.

[Note 23](#) . L'exclusion des marchés passés en vertu d'un accord international et portant sur la réalisation et l'exploitation en commun d'un ouvrage par les États signataires, d'un accord international conclu en relation avec le stationnement des troupes, ou encore de la procédure spécifique d'une organisation internationale prévue notamment à l'article 4 de la directive Fournitures est reprise à la note générale n° 4.

[Note 24](#) . Article 1er de la directive Travaux : "a) Les "marchés publics de travaux" sont des contrats [...] ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à l'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."

[Note 25](#) . L'exclusion des marchés passés en vertu d'un accord international et portant sur la réalisation et l'exploitation en commun d'un ouvrage par les États signataires, d'un accord international conclu en relation avec le stationnement des troupes, ou encore de la procédure spécifique d'une organisation internationale prévue notamment à l'article 5 de la directive Travaux est reprise à la note générale n° 4.

[Note 26](#) . Il convient de réserver l'hypothèse où l'accord vise les entreprises publiques intervenant dans certains secteurs d'activités spéciaux, y compris lorsqu'elles exercent en tant que concessionnaires de travaux publics ; voir supra II.B.1.

[Note 27](#) . En vertu du modèle d'avis de marché visé à l'annexe X de la [directive 2001/78/CE](#) qui ne comporte pas la mention "champ non indispensable à la publication de l'avis".

[Note 28](#) . Voir infra sous le paragraphe II.A.

[Note 29](#) . V. dir. Secteurs spéciaux, art. 1.2.

[Note 30](#) . V. directives communautaires relatives aux marchés publics, article 1er.

[Note 31](#) . V. en ce sens, notamment, Ch. Bréchon-Moulènes, Marchés publics - Eau, énergie, transports, télécommunications. Introduction générale. Champ d'application : J.-Cl. Europe, Fasc. 1056. n° 45.- F. Llorens, Marchés publics, Dict. perm. Droit européen des affaires, feuillets 51, p. 1863. n° 134.

[Note 32](#) . CE. ass., 10 juin 1994, Cne Cabourg : Rec. CE, p. 300. - TA Caen, 9 sept. 1992, SA d'organisation de loisirs et spectacles (SOLS) : Rec. CE. p. 619.

[Note 33](#) . CE. 27 juill. 2001, Cie générale eaux, Req. n° 229.566 ; BJCP 2002. p. 21, concl. D. Piveteau ; CMP 2001. comm. 183. note F. Olivier. - 19 oct. 2001, Sté Alstom transport SA, Req. n° 233.173 ; BJCP 2002. p. 39, concl. D. Piveteau : CMP 2002, comm. 7, note F. Llorens.

[Note 34](#) . CE. ass., 6 févr. 1998. Tête : Rec. CE. p. 30, concl. H.Savoie.- 20 mai 1998, Cnauté de communes Piémont-de-Barr : Rec. CE. p. 201 : RFD adm. 1998, p. 609, concl. H. Savoie.

[Note 35](#) . CE. ass., 22 déc. 1978, Min. Int. c/ Cohn-Bendit : Rec. CE, p. 524 : GAJA, n° 101.

[Note 36](#) . P. Cassia : Europe 2002. comm. 3.

[Note 37](#) . Voir par exemple, CJCE, 22 juin 1993, Comm. CE c/ Danemark, aff. C-243/89 : Rec. CJCE. I, p. 157, point 33. - 24 janv. 1995, Comm. CE c/ Pays-Bas, aff. C-359/93 : Rec. CJCE, I, p. 157, point 27.

[Note 38](#) . CJCE, 24 janv. 1995, Comm. CE c/ Pays-Bas, aff. C-359/93 : Rec. CJCE, I, p. 157, points 20 à 22.

[Note 39](#) . CJCE, 24 janv. 1995, Comm. CE c/ Pays-Bas, aff. C-359/93, préc., point 27.

[Note 40](#) . CE. 27 juill. 200 1. C" générale eaux, préc.

[Note 41](#) . Concl. D. Piveteau sur CE, 19 oct. 2001, Sté Aistom transport SA, préc. : BJCP 2001, n° 20, p. 39 et spécialement p. 40.

[Note 42](#) . P. Cassia : [Europe 2002 comm. 3](#). p. 11 ; voir sur le caractère inconditionnel, suffisamment clair et précis des dispositions portant sur les obligations de publicité et de mise en concurrence des directives communautaires relatives aux marchés publics : CJCE, 4 mars 1999, HI, aff. C-258/97 : Rec. CJCE, I. p. 1405, point 39.

[Note 43](#) . Concl. D. Piveteau sur CE, 27 juill. 200 C ie générale eaux, Req. n° 229.566 : BJCP 2002, p. 21 et spécialement, p. 23.

[Note 44](#) . CE. 27 juill. 2001. Cie générale eaux. préc.

[Note 45](#) . CE. 27 juill. 2001. Cie générale eaux. préc. - 19 oct. 2001. Sté Alstom transport SA, préc.

[Note 46](#) . CE, 18 déc. 2002, Ville Paris. Req. n° 241.187 : CMP 2003. comm. 52.

[Note 47](#) . CE, 14 mai 2003, Cnauté d'agglomération Lens-Liévin, Req. n° 251336, préc.

[Note 48](#) . Voir en ce sens. Ph. T. : BJCP 2003, n° 26.

[Note 49](#) . CE, 14 mai 2003. Cnauté d'agglomération Lens-Liévin. Req. n° 251336. préc.

[Note 50](#) . Voir en ce sens notamment. concl. H. Savoie sur CE. 29 juill. 1998. Synd. mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise, Stés SPIE Batignolles et ANF industries, Req. n° 194.412 : BJCP 1999, p. 191 et spéc. 193. - 21 juin 2000, Synd. intercommunal de la Côte d'Amour et la presqu'île guérandaise. Req. n° 209.319 : BJCP 2000, p. 361, concl. C. Bergeal. - 25 juill. 2001. Synd. eaux de riffernet, Req. n° 231.319 : AJDA 2001. p. 1090, note J.-P. Markus CMP 2001. comm. 191. note Ph. Delelis. - 27 juill. 2001, Sté Degrémont, Synd. intercommunal d'assainissement et protection de l'environnement de Toulon. La Valette, La Garde. Le Pradet. Req. n° 232.820 : BJCP 2001, p. 512. concl. D. Piveteau ; CMP 2001. comm. 185. note G. Eckert.

[Note 51](#) . CE. sect., 3 mai 2002. Union syndicats du sud Gironde pour l'enlèvement et traitement des ordures ménagères : BJCP 2002, p. 390, concl. C. Bergeal.

[Note 52](#) . CE. 19 oct. 2001. Région la Réunion. Sté SETEC TPI. Req. n° 234298 et 234366 : BJCP 2002, p. 78. CMP 2001. comm. 228 : "Considérant en troisième lieu, que le magistrat délégué a souverainement estimé, sans les dénaturer, que les documents transmis aux candidats recelaient des ambiguïtés dès lors que le document intitulé "programme" se bornait à indiquer que l'ouvrage "devrait être perceptible de jour comme de nuit par les oiseaux" alors que le rapport d'expertise ornithologique transmis aux candidats précisait qu'en raison des risques de collision d'oiseaux de la variété protégée dite "puffins de Bâillon" avec l'ouvrage, toute solution technique reposant sur l'emploi de câbles ou de haubans était proscrite : qu'en jugeant - en ne se fondant, ni sur les réserves émises par un des candidats dans sa soumission, ni sur l'appréciation des mérites respectifs des candidats-, que ces ambiguïtés.- qui ne portaient pas sur des documents purement indicatifs, ne permettaient pas aux concurrents d'évaluer précisément les contraintes environnementales que devait respecter leur proposition et pouvaient

dissuader certains d'entre eux de proposer une solution technique particulière, finalement retenue par la collectivité -. étaient constitutives d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le magistrat délégué n'a pas commis d'erreur de droit".

[Note 53](#) . CE. 14 mai 2003. Cnauté d'agglomération Lens-Liévin. Req. n° 251336, préc.

[Note 54](#) . Les raisonnements qui vont suivre sont applicables aux marchés "communautaires" relevant de la compétence du juge administratif. Néanmoins, ils peuvent être transposés imitalis mutandis à ceux relevant de la compétence du juge judiciaire.

[Note 55](#) . CE, 14 mai 2003, Cnauté d'agglomération Lens-Liévin, préc.

[Note 56](#) . CE. 23 mars 1994, SIVU pour l'étude et pour la réalisation du golf de Cognac : CJEG 1995, p. 27 concl. G. Le Chatelier : indemnisation d'une partie du manque à gagner en raison des chances sérieuses d'obtenir le marché. - 10 janv. 1986. Sté des travaux du Midi : JCP 1986, II, n° 20698, note Ph. Terneyre : indemnisation intégrale du manque à gagner si l'entreprise présentait des chances très sérieuses d'obtenir le marché. A contrario. CE. 4 juin 1976. Desforêts : Rec. CE. p. 301 : aucun droit à réparation lorsque l'entreprise n'avait aucune chance d'obtenir le marché.

[Note 57](#) . Par exemple, la Communauté européenne n'a pas étendu le bénéfice de l'AMP "aux fournisseurs et aux prestataires de services du Canada". en ce qui concerne les marchés mentionnés à l'annexe 2 de l'Appendice 1 (cf. notes générales et dérogations aux dispositions de l'article III).