

Avis d'appel à la concurrence : précisions sur les dates d'exécution et d'envoi au JOUE

■ Les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter fidèlement, pour leurs marchés formalisés, les modèles communautaires d'avis d'appel public à la concurrence, et le juge sanctionne tout manquement à cette obligation lorsque les mentions ne sont pas correctement renseignées.

Auteurs

Mathieu Heintz, chef du service juridique au conseil général de l'Isère
et **Marie-Hélène Pachon-Lefevre**, avocate associée, SCP Seban & Associés

Référence

CE 8 août 2008, ville de Marseille,
req. n° 312370

Mots clés

Marché public • Avis d'appel public à concurrence • Contenu • Modèle communautaire • Délai d'exécution • Durée du marché • Date d'envoi de l'avis • Documents complémentaires •

Extrait ?

CE 8 août 2008, ville de Marseille, req. n° 312370
« annexe-textemaigre. »

Dans la chronique des annulations des procédures de passation des marchés publics, la jurisprudence estivale 2008 apporte quelques espoirs aux pouvoirs adjudicateurs. Au cœur du sujet, l'avis d'appel public à la concurrence et l'éternelle question du contenu de ses rubriques. Naturellement, l'attention s'est portée sur les trois arrêts rendus le 8 août 2008 par lesquels le Conseil d'État a indiqué que le pouvoir adjudicateur « n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats »⁽¹⁾. Cette précision était certes attendue par les acheteurs. Cependant, un autre arrêt Ville de Marseille, rendu le même jour, apporte également des informations utiles sur le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence⁽²⁾. L'article 40 du code des marchés publics dispose que les avis de marchés qui sont établis pour la publication au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)*, c'est-à-dire au-delà des seuils européens, doivent être conformes au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 de la commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard. De même, les marchés formalisés soumis par le code à une publication au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP)* (et dans les supports complémentaires) doivent également être rédigés selon les modèles d'avis fixés par le règlement communautaire précité⁽³⁾. Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc respecter fidèlement, pour leurs marchés formalisés, les modèles communautaires

(1) CE 8 août 2008, Région Bourgogne, req. n° 307143 — CE 8 août 2008, Cne de Nanterre, req. n° 309136 — CE 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, req. n° 309652.

(2) CE 8 août 2008, Ville de Marseille, req. n° 312370.

(3) Arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres, article 3-I.

d'avis d'appel public à la concurrence⁽⁴⁾, et le juge sanctionne tout manquement à cette obligation lorsque les mentions ne sont pas correctement renseignées⁽⁵⁾.

Dans ce contexte, l'arrêt Ville de Marseille éclaire favorablement les acheteurs sur le contenu des rubriques relatives à la durée ou au délai d'exécution du marché (I) et à la date d'envoi de l'avis au JOUE (II). Accessoirement, cet arrêt porte sur l'interdiction faite aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter une candidature en raison de la production d'un document complémentaire non demandé (III).

I. La rubrique relative à la durée et au délai d'exécution du marché

La connaissance par les candidats de la durée d'exécution du marché auquel ils soumissionnent a évidemment toute son importance : ils pourront ainsi la mettre en parallèle de leur plan de charge et en fonction, répondre ou non à la consultation. Cette information fait précisément l'objet de la rubrique II.3 du modèle communautaire d'avis de marché intitulée « durée du marché ou délai d'exécution ». Cependant, cette dernière implique-t-elle également de renseigner la date prévisible de commencement d'exécution du marché. Pour le Conseil d'État, dans l'arrêt commenté du 8 août 2008, dès lors que le pouvoir adjudicateur a précisé la durée du marché, il ne lui est fait nullement obligation d'indiquer en outre la date prévisible de commencement d'exécution⁽⁶⁾. Il est vrai que la Haute Assemblée s'était prononcée précédemment, dans un arrêt Sdis du Nord, sur le caractère obligatoire de la mention de la date prévisionnelle du début des prestations⁽⁷⁾. Mais il avait été rendu sous l'empire du code des marchés publics de 2004, et notamment en application du formulaire annexé à l'arrêté du 30 janvier 2004⁽⁸⁾ qui prévoyait que l'avis d'appel à la concurrence doit indiquer, dans sa rubrique n° 7, la durée du marché ou son délai d'exécution, ainsi que la date prévisionnelle du début des prestations pour les marchés de fournitures et de services. Cette dernière information présentait alors un caractère obligatoire.

Tel n'est plus le cas aujourd'hui, cet arrêté étant à ce jour abrogé. *A contrario*, la rubrique II-3, intitulée « Durée du marché ou délai d'exécution », du modèle communautaire d'avis de marché, laisse le pouvoir adjudicateur libre de préciser soit la durée du marché en mois ou en jours, soit le délai d'exécution⁽⁹⁾. Une triple possibilité existe donc, mais une seule information satisfait à cette obligation.

(4) CE 8 avril 2005, *Sté Radiometer*, req. n° 270476.

(5) CE 14 mai 2003, *Cité d'agglomération de Lens-Liévin*, req. n° 251336 — CE 10 mars 2004, *Cité d'agglomération de Limoges Métropole*, req. n° 259680 — CE 6 janvier 2006, *Syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois*, req. n° 281113 — CE 15 avril 2005, *Sita Ile de France*, req. n° 273178.

(6) CE 8 août 2008, *Ville de Marseille*, req. n° 312370.

(7) CE 19 septembre 2007, *Sdïc du Nord*, req. n° 298294.

(8) Arrêté du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du code des marchés publics et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics.

(9) Règlement (CE) n° 1564/2005 de la commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du parlement européen et du Conseil.

En l'espèce, la ville de Marseille avait précisé dans la publicité que le marché s'exécuterait sur douze mois. Cette information suffisait donc en tant que telle, sans qu'il soit également obligatoire de faire apparaître la date prévisible du début d'exécution du marché. Ceci étant parfaitement conforme au règlement communautaire n° 1564/2005 du 7 septembre 2005. Dans ce même arrêt, le Conseil d'État a également apporté des précisions sur la rubrique relative à la date d'envoi de l'avis au JOUE.

II. La rubrique relative à la date d'envoi de la publicité au JOUE

Il résulte du modèle d'avis d'appel public à la concurrence annexé à l'arrêté du 28 août 2006⁽¹⁰⁾, à sa rubrique 25 intitulée « Publications communautaires relatives à la même consultation » que doit être indiquée dans la publicité adressée au BOAMP ou au concentrateur agréé, la date d'envoi de l'avis concernant la même procédure d'achat au JOUE. Par ailleurs, ce renseignement n'est pas facultatif puisqu'il est indiqué qu'il s'agit d'une « zone obligatoire en cas de publicité au JOUE ». Cette obligation figure également à l'article 40-VIII du code des marchés publics.

Cependant, la rédaction de cette mention exposait les acheteurs à une difficulté pratique. En effet, les avis destinés au BOAMP sont obligatoirement envoyés par téléprocédure et donc saisis sur la plate-forme électronique de la direction des journaux officiels ou d'un concentrateur d'annonces. Lorsque l'avis doit également être adressé au JOUE, le pouvoir adjudicateur opère une saisie unique du formulaire sur le site du BOAMP ou d'un concentrateur d'annonces, et ceux-ci assurent la transmission de l'avis à l'office européen⁽¹¹⁾. À cet égard, lorsque l'acheteur remplissait un avis sur le site du bulletin officiel, il n'était pas en mesure de connaître la date à laquelle celui-ci était transmis à la publication communautaire. Malgré cela, plusieurs procédures de passation ont été annulées au motif que n'était pas mentionnée la date de l'envoi à l'office européen.

Cela conduit la direction des journaux officiels à mettre en place, depuis le 12 février 2008, un système par lequel la validation de l'avis par l'acheteur (sur le site qu'il a choisi) emporte automatiquement mention de la date d'envoi de l'avis au BOAMP et au JOUE, ainsi que la mention de cette date⁽¹²⁾. En d'autres termes, la responsabilité de remplir cette mention incombe maintenant au BOAMP, et non aux pouvoirs adjudicateurs.

La Conseil d'État, saisi de cette question, a en quelque sorte validé ce mécanisme⁽¹³⁾. Il était en effet reproché à la ville de Marseille de ne pas avoir mentionné dans la publicité parue au BOAMP la date d'envoi de l'avis de son marché au JOUE. Or, le juge, après avoir relevé que la commune « avait eu recours au formulaire électronique unique dont le BOAMP assure lui-même

(10) Arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres.

(11) http://boamp.journal-officiel.gouv.fr/pls/saisie/FCT3_Accueil.htm.

(12) Lettre de la direction des journaux officiels du 12 février 2008, aux acheteurs publics, relative à la modification du processus d'envoi des avis de niveau européen au JOUE via la passerelle BOAMP.

(13) CE 8 août 2008, *Ville de Marseille*, req. n° 312370.

la transmission en vue de la publication de l'avis au *JOUE* », a considéré que « la date d'envoi du présent avis » figurant sur l'avis publié au *BOAMP* doit être regardée comme étant celle de l'envoi de l'avis à l'office des publications officielles de l'Union européenne »⁽¹⁴⁾. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc être doublement rassurés. D'une part, la plateforme des journaux officiels assure automatiquement cette information en liaison avec les éditeurs concernés tels que *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*. D'autre part, et en tout état de cause, selon l'arrêt du 8 août 2008, la mention de la date d'envoi de l'avis au *BOAMP* doit être considérée comme étant également celle de l'envoi au *JOUE*, (dès lors qu'elle est effectuée par téléprocédure en utilisant la « passerelle »).

Reste à examiner, accessoirement, un dernier apport de cet arrêt sur la recevabilité de documents complémentaires produits par les entreprises au titre de leur candidature.

III. Les documents produits au titre de la candidature

Le code des marchés publics soumet la sélection des candidatures à une double étape⁽¹⁵⁾. La première étape consiste à éliminer les candidats dont le dossier n'est pas complet au regard des articles 44 et 45 du code des marchés publics ou qui ne peuvent pas soumissionner en application de l'article 43 du même code, notamment en cas d'irrégularité du candidat quant à ses obligations fiscales et sociales. En d'autres termes, il s'agit là d'un contrôle formel des candidatures. La seconde porte sur l'examen des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats qui n'ont pas été éliminés⁽¹⁶⁾. Pour cela, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats des renseignements ou documents permettant justement d'apprécier leur expérience ainsi que leurs capacités. Sur ce point, l'arrêt Ville de Marseille apporte un éclairage intéressant en cas de production par un candidat d'un document complémentaire, qui n'aurait donc pas été demandé par l'acheteur.

Ces renseignements et documents, évoqués à l'article 45-I du code des marchés publics, sont décrits de façon limitative par l'arrêt du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats⁽¹⁷⁾. En effet, l'article 1^{er} de l'arrêt du 28 août 2006 énonce clairement que seuls les documents et renseignements qui y sont listés peuvent être demandés au titre de la candidature. Par conséquent, le juge sanctionne la demande de documents non répertoriés dans cet arrêt⁽¹⁸⁾.

Qu'en est-il en revanche du candidat qui produirait au titre de sa candidature un document complémentaire, non demandé,

pour attester de sa capacité. C'est précisément sur ce point que le Conseil d'État s'est prononcé dans l'arrêt commenté. Il a considéré que « si les dispositions du code des marchés publics fixent précisément et limitativement les motifs pour lesquels les candidatures peuvent être écartées et les modalités de ce rejet », un pouvoir adjudicateur ne peut donc régulièrement rejeter la candidature d'une entreprise « au motif que figure dans son dossier, outre les documents demandés, un document technique complémentaire »⁽¹⁹⁾. En effet, une fois le contrôle formel des candidatures effectué, celles-ci sont examinées au regard des niveaux des capacités professionnelles, techniques et financières. Dès lors que les renseignements et documents fournis permettent d'apprécier cette capacité, peu importe alors qu'un candidat ait remis un document même non demandé. Il reste que la nature du document en cause n'est pas précisée par l'arrêt. S'agissait-il d'un document supplémentaire relatif aux capacités du soumissionnaire, ou alors, suite à une erreur de ce dernier, d'un document qui aurait dû se trouver dans l'enveloppe relative à l'offre. Dans cette dernière hypothèse, l'entreprise verrait certes sa candidature acceptée, mais probablement éliminée au stade de l'offre comme étant irrégulière en raison de son caractère incomplet⁽²⁰⁾.

Conclusion

En définitive, l'arrêt Ville de Marseille retient principalement l'attention sur les précisions concernant le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence. Sur cette problématique, il est à noter que le même jour, outre les décisions citées plus haut concernant les niveaux minimaux de capacités, la Haute Assemblée a également indiqué, à propos de la rubrique II.1.3. du modèle communautaire d'avis de marché, que les marchés à bons de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la Directive⁽²¹⁾. Par conséquent, la rubrique II.1.3 doit être renseignée comme impliquant l'établissement d'un accord-cadre et non d'un marché public. Plus globalement, si l'ensemble de ces apports jurisprudentiels contribue à renforcer la sécurité juridique de l'avis d'appel à la concurrence, une étape supplémentaire vient d'être franchie par le Conseil d'État dans un arrêt du 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe⁽²²⁾. Dans cet arrêt, le juge recherche si le candidat évincé, qui introduit un recours, est susceptible d'avoir été lésé ou risque d'être lésé par les irrégularités qu'il invoque. Ainsi d'un contrôle objectif du contenu de l'avis d'appel public à la concurrence, le juge est passé à une appréciation plus subjective consistant pour le requérant à démontrer l'effet du manquement allégué sur sa propre situation. Cette évolution sécurise davantage les procédures de passation des marchés. ■

(14) *Idem*.

(15) *Rép. min.*, Q. n° 25206 de M. Bernard Piras (JO Sénat du 4 janvier 2007, p. 28).

(16) Art. 52-I, alinéa 3 CMP.

(17) JO du 29 août 2006 p. 12766.

(18) CE 21 novembre 2007, Dpt de l'Orne, req. n° 291411.

(19) CE 8 août 2008, Ville de Marseille, req. n° 312370.

(20) Art. 58-III et 35-I-1° CMP.

(21) CE 8 août 2008, Cne de Nanterre, req. n° 309136.

(22) req. n° 305420.