

Les critères d'attribution dans le cadre des offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'États tiers

Le Code de la commande publique prévoit des règles spécifiques concernant l'accès des opérateurs économiques présentant des offres comportant des produits d'États tiers. Les critères de sélection et d'attribution permettent notamment de préserver les intérêts de sécurité et de défense et de corriger des déséquilibres.

La commande publique repose fondamentalement sur les principes de non-discrimination et de transparence⁽¹⁾ afin de garantir la concurrence la plus équilibrée possible entre les opérateurs économiques.

Pour autant, l'Union Européenne (ci-après « UE ») ne fait pas abstraction de la nécessité d'introduire dans ce domaine des éléments liés à la défense commerciale des sociétés européennes vis-à-vis des opérateurs économiques de pays tiers.

La question légitime qui se pose dès lors est la suivante : Comment garantir une concurrence loyale entre entreprises de l'UE et pays tiers en l'état des règles applicables ?

L'accès des opérateurs économiques présentant des offres comportant des produits d'États tiers, est soumis à un régime particulier. Ce régime permet - notamment au travers des spécifications techniques et des critères de sélection et d'attribution spécifiques - de corriger les déséquilibres dont peuvent bénéficier les entreprises de pays tiers.

L'accès des soumissionnaires proposant des produits de pays tiers aux marchés publics de l'Union

Selon l'article L. 2153-1 du Code de la commande publique (« CCP »), « l'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union

Auteur

Karim Hamri

Associé - Partner
Avocat au Barreau de Paris
Earth Avocats

Mots clés

• Accord sur les marchés publics • Labels • Marchés de défense et de sécurité • Offres anormalement basses • Pays tiers

(1) CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, aff. C-324/98, cons. n° 62.

européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne »^[2].

L'article 25 de la directive 2014/24/UE rappelle que les pouvoirs adjudicateurs doivent accorder aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union.

L'accord principalement concerné à ce titre est l'Accord sur les marchés publics juridiquement contraignant et conclu au terme de l'Uruguay round en 1994 dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »). Il porte spécifiquement sur les marchés publics afin d'ouvrir ces derniers à la concurrence internationale.

En application de cet accord plurilatéral, révisé, l'Europe garantit aux signataires, la réciprocité, c'est-à-dire un traitement équivalent à celui accordé au niveau national aux produits, services et fournisseurs étrangers.^[3]

Le champ d'application de l'accord est fixé, pour chaque signataire, dans les annexes de l'Appendice I de l'AMP, qui précisent :

- quels sont les acteurs publics pour lesquels chaque partie s'est engagée à se conformer à l'accord (entités du gouvernement central, entités des gouvernements sous-centraux, autres entités publiques) ;
- la valeur des seuils au-delà desquels les marchés sont visés par l'accord ;
- les domaines qui, par exception, sont fermés à la concurrence (par exemple, le Canada est partie à l'accord mais a décidé de ne pas l'appliquer pour la construction navale et la réparation de navires, les chemins de fer urbains et le matériel de transport urbain, ou encore les marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités).^[4]

Seules les activités de passation de marchés menées par une entité couverte qui achète des marchandises, services ou services de construction couverts dans le cadre d'un contrat dont la valeur est supérieure au seuil pertinent, et pour lesquelles une exemption n'est pas spécifiquement prévue dans les notes des listes, sont assujetties aux règles de l'AMP.

L'UE a parallèlement conclu des ALE avec de nombreux pays du monde. Comme précisé précédemment pour l'AMP, les volets des ALE consacrés aux marchés publics ne s'appliquent pas automatiquement à tous les marchés publics des parties. Seuls sont concernés les marchés dépassant les valeurs de seuil spécifiées dans les listes cor-

respondant au champ d'application convenu par chaque partie^[5].

En l'absence d'un accord particulier, « les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des restrictions à la recevabilité des offres qui seraient composées pour tout ou partie de prestations provenant d'États non membres de l'Union européenne et non parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC ou à un autre accord international équivalent ou qui seraient présentées par des opérateurs économiques provenant de tels États »^[6].

Les Directives de 2014 portant sur les marchés publics^[7] n'offrent pas de cadre général pour les offres de produits et services étrangers dans les marchés publics de l'Union. En effet, les seules règles spécifiques sont énoncées aux articles 85 et 86 de la directive 2014/25/UE et ces dispositions, comme le souligne la Commission, « ne s'appliquent qu'aux marchés passés par les services d'utilité publique et sont de portée trop limitée pour avoir un impact substantiel sur les négociations relatives à l'accès aux marchés ».^[8]

Pour autant, l'article L. 2153-2 du Code de la commande publique dispose que « lorsque une offre présentée dans le cadre de la passation d'un marché de fournitures par une entité adjudicatrice contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, cette offre peut être rejetée lorsque les produits originaires des pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre ».

L'article R. 2153-1 du Code de la commande publique ajoute que les acheteurs, en l'absence de réciprocité, c'est-à-dire sans accord conclu « peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondées sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs économiques autorisés à soumettre une offre, en tenant compte du champ géographique et sectoriel des accords internationaux mentionnés par l'article L. 2153-1 ainsi que des éventuelles restrictions qu'ils comportent.

L'article R. 2153-3 du CCP précise enfin qu'« une offre peut être rejetée lorsque la part des produits originaires de pays tiers excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Pour l'application du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits ».

[2] Selon le dernier alinéa de ce même article les États parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des États membres de l'Union européenne.

[3] https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_committee_f.htm.

[4] Rapport n° 140 [2012-2013] de M. Daniel RAOUL, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 21 novembre 2012 au Sénat.

[5] https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_app_agree_f.htm

[6] S. Braconnier et E. Kalnins, « Synthèse - Procédures de passation des marchés publics », Lexis-Nexis mise à jour 1^{er} avril 2019.

[7] Directive 2014/23/UE ; Directive 2014/24/UE ; Directive 2014/25/UE.

[8] COM(2016) 34 final, p. 5.