

Conditions de qualification de marché public de travaux ou de marché exclu de services immobiliers (CJUE, 22 avril 2021, Commission européenne contre République d'Autriche, aff., C-537/19)

Dans quelles conditions un marché public est-il qualifiable de marché public de travaux et donc soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence ?

C'est la question à laquelle la CJUE était invitée à répondre dans le cadre d'un recours en manquement introduit par la Commission européenne à l'encontre de la République d'Autriche.

En l'espèce, une personne publique autrichienne avait conclu, sans publicité ni mise en concurrence, un contrat portant sur la location longue durée d'un bâtiment encore non construit.

La personne publique considérait que son besoin correspondait au 1° de l'article L2512-5 du code de la commande publique et était exonéré de toute formalité de publicité et de mise en concurrence.

L'appréciation de la Commission européenne était toute autre. Elle estimait que ce marché était un marché public de travaux et aurait dû faire l'objet d'une mise en concurrence classique.

Dans son arrêt, la CJUE rejette le recours de la Commission européenne sur plusieurs motifs.

En premier lieu, elle rappelle que la réalisation d'un ouvrage en contrepartie d'un prix et qui répond à un besoin spécifique de l'acheteur est constitutif d'un marché public de travaux (CJUE, 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti, aff., C-213/13).

La CJUE rappelle ensuite sa jurisprudence constante s'agissant du fait qu'un bien immobilier soit loué et non pas acquis ne fait obstacle à une telle qualification, dès lors que les contraintes exprimées par l'acheteur public vont au-delà des exigences habituelles d'un locataire envers son immeuble (CJUE, 29 octobre 2009, Commission c/ Allemagne, aff. C-536/07).

Néanmoins, en l'espèce, la CJUE indique que le pouvoir adjudicateur n'a exercé aucune influence sur les modalités de conception de l'ouvrage, puisque lors de la prise à la conception du bâtiment était déjà achevée.

De fait, on comprend que la location ou l'acquisition de toute ou partie d'un immeuble pas encore construit mais sur lequel le pouvoir adjudicateur n'a exercé aucune influence ne peut être considéré comme un marché public de travaux.

La CJUE poursuit ensuite en indiquant que plusieurs autres circonstances soulevées par la Commission ne révèlent pas une influence décisive du pouvoir adjudicateur sur la construction de l'ouvrage et n'entraînent donc pas requalification du contrat de services de location immobilière en marché de travaux.

Tel est le cas lorsque :

Conditions de qualification de marché public de travaux ou de marché exclu de services immobiliers (CJUE, 22 avril 2021, Commission européenne contre République d'Autriche, aff., C-537/19)

- le pouvoir adjudicateur d'avoir eu recours à des services d'analyse du marché de l'immobilier pour identifier parmi les biens susceptibles d'être loués le bien existant ou en projet le mieux à même de satisfaire ses exigences fonctionnelles et de localisation.
- l'existence d'une option pour la location d'espaces supplémentaires à construire qui, si elle n'était pas utilisée par le pouvoir adjudicateur locataire, aurait pu conduire le bailleur soit à renoncer à les construire soit à les louer à des tiers, ne révèle pas non plus une influence du locataire sur la construction de l'ouvrage dès lors que la conception de l'ouvrage avec ses parties optionnelles avait été prévue par le bailleur antérieurement à l'engagement des négociations.
- les demandes même « nombreuses et détaillées » du pouvoir adjudicateur, n'emportent pas qualification de marché de travaux lorsqu'elles ne vont pas au-delà des exigences habituelles d'un locataire, telles que certaines caractéristiques de l'immeuble, ou des préconisations visant à respecter et anticiper la législation environnementale, ou à garantir la conformité de l'immeuble à l'état de la technique usuel sur le marché concerné ;
- le fait pour le pouvoir adjudicateur de recourir aux services d'un expert immobilier afin de l'accompagner dans le processus de prise à bail ;
- l'absence de permis de construire lors de la conclusion du contrat de location ne remet pas en cause cette appréciation compte tenu que, s'agissant des projets architecturaux de grande ampleur, il est de pratique commerciale courante que la mise en location soit effectuée avant la finalisation des plans de construction détaillés. La demande de permis de construire n'est, en effet, effectuée que lorsque le bailleur dispose d'engagements de location pour une partie suffisamment importante des surfaces du bâtiment projeté.

L'ensemble de ces éléments ne constituent donc pas des indices d'une influence décisive du pouvoir adjudicateur sur la réalisation du bâtiment et, partant, n'emporte pas la qualification d'un marché public de travaux.

Cet arrêt, fort éclairant, ne manquera pas d'être repris dans le contentieux interne.