

Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (Champ d'application et principes fondamentaux)

28/08/2001

Abrogée par la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics

AVERTISSEMENT

1. Dans le cadre de la réforme des règles de la commande publique, des dispositions spécifiques aux marchés publics ont été insérées dans un projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), qui a été déposé au Parlement. Ce projet a été adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale le 28 juin 2001. Son examen devrait reprendre en octobre 2001.

Ce projet de loi comporte des dispositions relatives à l'ingénierie publique, à la qualification des marchés publics, au contrôle de légalité de ces marchés, aux règles de la sous-traitance et à certaines modalités d'allotissement.

La présente instruction qui explicite les règles de droit positif issues du nouveau code des marchés publics mais également d'autres textes, notamment législatifs, qui s'appliquent à la commande publique, comporte en conséquence quelques indications concernant les modifications que le projet de loi, lorsqu'il sera adopté, apportera aux règles actuelles. Les indications relatives à ce projet de loi dans la présente instruction figurent en caractères italiques soulignés.

Dès la promulgation de ce projet de loi, les indications contenues dans la présente instruction qui sont concernées par cette mesure nouvelle seront mises à jour.

2. Le **décret n° 2001-210 du 7 mars 2001** portant code des marchés publics entre en vigueur le 9 septembre 2001, à l'exception de son article 27 qui entrera en vigueur le 1er janvier 2002.

Des mesures transitoires ont été prévues pour permettre d'éviter les conséquences d'un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation. Il ressort des dispositions de l'article 3 du décret précité que :

a) Les marchés notifiés avant le 9 septembre 2001 restent soumis pour leur passation comme pour leur exécution aux seules dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau code des marchés publics ;

b) Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé à compter du 9 septembre 2001 seront soumis aux seules dispositions du nouveau code des marchés publics tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc plus concernés par les dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001.

c) Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel à concurrence aura été envoyé avant le 9 septembre 2001, le marché étant notifié après cette date seront soumis, pour leur seule passation, aux dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 et pour leur seule exécution, aux dispositions du nouveau code des marchés publics. Les difficultés et litiges concernant leur passation et notamment, les règles de publicité, la désignation du coordonnateur, la production des attestations fiscales et sociales, le choix des candidats et des offres ne seront concernés que par les dispositions du code en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 alors que les difficultés et litiges concernant l'exécution et notamment les avenants, les conditions de résiliation, les conditions de paiement ne seront concernés que par les dispositions du nouveau code et, à compter de sa publication, par les dispositions du décret relatif aux délais de paiement.

d) Pour ce qui concerne plus particulièrement la computation des seuils, dès le 9 septembre 2001, le seuil des marchés non formalisés en raison de leur montant est fixé à 90 000 Euro HT. C'est-à-dire que si les personnes responsables des marchés étaient limitées jusqu'au 9 septembre 2001 par un plafond de 300 000 F TTC, dès le 9 septembre, elles peuvent considérer que ce plafond est relevé à 90 000 Euro HT mais pour l'ensemble de l'année 2001. Il ne s'agit pas d'un cumul des montants des deux seuils sur l'année 2001 mais d'un relèvement du premier pour atteindre le second.

Par ailleurs, dans la mesure où la date d'entrée en vigueur de l'article 27 a été repoussée au 1er janvier 2002, le mode très

précis de computation des seuils qu'il prévoit n'est pas opposable aux acheteurs publics avant cette date.

Le code en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 n'ayant pas explicitement prévu des règles précises pour cette computation, les modalités de computation des seuils par prestations homogènes ou fournitures homogènes continueront à être recommandées jusqu'au 31 décembre 2001. A compter du 1er janvier 2002, tous les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel à concurrence aura été envoyé seront obligatoirement, sous peine d'irrégularité, soumis au respect des règles fixées par l'article 27.

En outre, et afin de permettre aux acheteurs d'appliquer le mode de computation prévu à l'article 27, une nomenclature sera adoptée par arrêté interministériel, dès avant la fin de l'année 2001, et sera accompagnée d'un mode d'emploi.

e) Plusieurs cas de figure peuvent être distingués en ce qui concerne la disparition des groupements de commande préexistant à l'entrée en vigueur du décret portant code des marchés publics.

En premier lieu, les groupements constitués sur le fondement des anciennes dispositions du code des marchés publics n'ayant pas conclu de marché ou n'ayant pas engagé une consultation avant le 9 septembre 2001 sont dissous par arrêté préfectoral dans les meilleurs délais.

En deuxième lieu, ces groupements peuvent subsister le temps de l'exécution de marchés notifiés avant le 9 septembre 2001. Ils seront dissous par arrêté préfectoral après l'exécution du dernier marché concerné par cette procédure.

En troisième lieu, conformément aux dispositions de l'article 3-II du décret précité, les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication antérieurement au 9 septembre 2001 demeurent régis pour leur passation par les dispositions du code des marchés publics dans sa version antérieure. Ils sont régis par les autres dispositions du nouveau code, à l'exception de celles de l'article 96 relatives aux délais de paiement qui entreront en vigueur le 1er janvier 2002.

Dans cette hypothèse, selon l'article 8-V du décret susvisé, la personne responsable du marché de chaque commune membre du groupement, signe, pour ce qui la concerne, le marché et s'assure de sa bonne exécution.

3. Les instructions des 29 décembre 1972 et 10 novembre 1976 modifiées ainsi que la circulaire du 24 janvier 2000 relative aux marchés fractionnés (NOR : ECOM9900874C) sont abrogées et remplacées par la présente instruction à la date du 9 septembre 2001.

Euro

TITRE Ier

CHAMP D'APPLICATION ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

Article 1er

I. - Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

II. - Les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage.

Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels.

Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Un marché public relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie. Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir.

1.1. L'article 1er donne une définition des marchés publics et en développe les principales composantes.

1.1.1. Les marchés publics sont des contrats.

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre des personnes dotées de la personnalité juridique. Ils sont passés dans le respect des procédures prévues par le code des marchés publics lorsque leur montant excède 90 000 Euro HT. Ils sont dispensés du respect de ces procédures lorsque leur montant est inférieur à ce seuil.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-champ-da-plication-et-principes-fondamentaux/>

Le fait qu'ils soient des contrats distingue les marchés publics d'autres actes administratifs par lesquels les personnes publiques peuvent se procurer des travaux, des services, mais de manière non contractuelle. Tel est, par exemple, le cas lorsque les pouvoirs publics font usage du pouvoir de réquisition détenu en vertu de la loi du 3 juillet 1877 relative aux réquisitions militaires, du pouvoir de réquisition détenu en temps de paix en vertu de la loi du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile ou du pouvoir de police pour des raisons de maintien de l'ordre public.

1.1.2. Ils doivent répondre aux besoins de l'administration contractante.

L'objet du marché est un élément fondamental de la définition des marchés publics. Il doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique, et à lui seul. La notion de personne morale de droit public est ici prise au sens juridique le plus classique. Il n'y a pas de différence entre les notions de personne publique, d'organisme public ou de collectivité publique.

1.1.2.1. Les marchés publics se distinguent des subventions.

Les subventions constituent une contribution financière de la personne publique à une opération qui présente un caractère d'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a définis. Dans le cas de la subvention, la somme d'argent n'a pas de contrepartie directe pour la personne publique ; dans le cas contraire, en présence d'une contrepartie directe pour la personne publique, il s'agit d'un marché public (Conseil d'Etat, 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais - CODIAC).

1.1.2.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public.

La notion de délégation de service public a été progressivement définie par la jurisprudence, essentiellement par opposition à la notion de marché public, ainsi que par référence à d'autres catégories de contrats. Le Conseil d'Etat a précisé que la délégation de service public se caractérisait par " son objet, portant sur l'exécution du service public ", et par le " mode de rémunération du cocontractant de l'administration " (Conseil d'Etat 22 mars 2000, Epoux Lasaulce), cette rémunération devant être " substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service " (CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1999, SMITOM). Ceci suppose que le délégataire assume une part du risque d'exploitation (CE, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai et conclusions du commissaire du Gouvernement sous l'arrêt SMITOM précité).

Le cas particulier des marchés de transports scolaires appelle une vérification au cas par cas au regard des critères définis par la jurisprudence administrative. Par ailleurs, la circulaire n° 98-43 du 19 mars 1998 relative aux règles applicables aux conventions de transports réguliers de personnes qui fait écho à l'avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1996 fait le point sur la qualification des conventions de transports pour déterminer la procédure à suivre. La qualification de marché public sera étroitement dépendante de la constatation du fait que le cocontractant de l'administration n'assume pas le risque d'exploitation.

Afin de bien distinguer les délégations de service public des marchés publics, le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite " loi Sapin " une définition de la délégation de service public : " un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ". Ce texte devrait être adopté définitivement à l'automne 2001.

1.1.2.3. Les marchés publics se distinguent également des fonds de concours qui constituent des contributions financières de la personne publique sans être pour autant des marchés publics.

1.1.3. Ils sont conclus à titre onéreux.

La rédaction retenue par l'article 1er du code reprend la définition communautaire, à savoir la notion de " contrats conclus à titre onéreux ". Cette définition exprime l'idée d'une charge qui pèse sur la personne publique et non sur les usagers.

Dans la majorité des cas, les prestations et fournitures acquises donneront lieu au versement d'un prix par la personne publique. Ceci n'exclut pas dans certaines hypothèses le versement d'un complément de rémunération par les usagers.

Dans d'autres hypothèses, la contrepartie des prestations consistera en une somme d'argent, évaluée et précisément indiquée, mais qui ne sera versée ni par la personne publique ni par l'utilisateur mais par un tiers.

A titre d'exemple, la jurisprudence a qualifié de marché public le cas :

- d'une commune qui confie la publication du bulletin municipal à une entreprise qui est rémunérée par la publicité diffusée dans le bulletin ;
- des contrats de mobilier urbain par lesquels l'entreprise s'engage à installer ce mobilier et à l'entretenir en se rémunérant par les recettes publicitaires tout en reversant, le cas échéant, une redevance à la collectivité ;
- des contrats confiant des travaux à une entreprise qui, en contrepartie, peut se rémunérer par l'exploitation ou la vente des matériaux extraits (CE, 28 février 1980, SA des Sablières modernes d'Aressy).

Ne sont pas des marchés publics de fournitures ou de services ou de travaux les prestations que la personne publique se procure à titre gratuit.

1.1.4. Ils sont passés avec des personnes publiques ou privées.

Cette définition clarifie le champ d'application du code.

La simple coopération entre services d'une même personne publique ne donne pas lieu à la passation d'un marché. Il ne peut y avoir marché public que si la convention est signée par deux personnes distinctes dotées chacune de la personnalité juridique. Ainsi, une convention passée entre deux ministères ou deux services au sein de l'Etat ou d'une même collectivité territoriale ne peut pas être un marché public.

En revanche, l'achat, par une personne publique, de prestations ou de fournitures à un tiers doit donner lieu à la passation d'un marché public. Peu importe la nature et le statut de ce tiers, qu'il s'agisse d'une personne publique ou d'une personne privée. Ceci implique évidemment qu'une personne publique puisse présenter sa candidature à un marché public, ce que la jurisprudence avait déjà admis. Récemment, un avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants et un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz, ont précisé qu'aucun texte ni en droit interne ni en droit communautaire, et aucun principe n'interdisent, en raison de sa nature, à une entité publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Le Conseil d'Etat a estimé dans son avis précité que le respect des principes d'égal accès aux marchés publics et de liberté de la concurrence, lors de l'attribution d'un marché public à un établissement public à caractère administratif, suppose :

- que le prix proposé par cet établissement soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ;
- que cet établissement n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;
- que cet établissement puisse, si nécessaire, justifier ces deux conditions par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information.

S'agissant des prestations d'ingénierie publique, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en deuxième lecture le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier modifie la [loi n° 92-125 du 6 février 1992](#) d'orientation relative à l'administration territoriale de la République et distingue deux types de mission :

- des missions d'ingénierie publique qui doivent s'exercer dans le cadre des règles de la commande publique et de la concurrence (maîtrise d'oeuvre, conduite d'opérations) ;
- une mission d'assistance technique aux collectivités de taille et de ressources modestes, qui, ne disposant pas des moyens humains et techniques nécessaires à l'exercice de leurs compétences dans le domaine de la voirie, de l'aménagement et de l'habitat, doivent pouvoir faire appel aux services de l'Etat pour l'exercice de leurs compétences ; cette mission de service public s'exerce en dehors des règles de la concurrence.

Ce texte devrait être adopté définitivement à l'automne 2001.

Enfin, le code prévoit expressément, en son article 3, que certains contrats entre personnes publiques sont exclus de l'application des règles du code.

1.1.5. Ils portent sur des fournitures, des services ou des travaux.

Le II de l'article 1er du code des marchés publics définit désormais les différentes catégories de marchés dans la continuité <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-champ-dapplication-et-principes-fondamentaux/>

directe des définitions données par les directives communautaires. Il confirme sur ce point également l'harmonisation entre ces deux corps de règles.

La définition de chaque catégorie de marchés est particulièrement importante au regard des modalités de calcul du montant du marché à comparer aux différents seuils définies à l'article 27 du code.

1.1.5.1. La définition des marchés de travaux est très étroitement liée à la notion de maîtrise d'ouvrage puisque sont des marchés de travaux, les marchés ayant pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage.

Telle est en effet la définition d'ordre général qu'en donne la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée. Est maître d'ouvrage la personne physique ou morale pour le compte de laquelle ces travaux sont exécutés.

Pour rechercher si un contrat peut être qualifié de marché de travaux, le juge administratif exige que l'administration y assure les fonctions de maître d'ouvrage et que les travaux soient réalisés sous son contrôle et directement pour son compte.

En raison de cette définition des marchés publics de travaux, les montages complexes, et en particulier la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) et le bail emphytéotique administratif (BEA), sous réserve que leur qualification corresponde bien au contenu des prestations, ne sont pas des marchés au sens du code.

1.1.5.2. Les marchés de fournitures sont des marchés ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location vente avec ou sans option d'achat de produits ou matériels entre une personne publique et un fournisseur. La livraison de produits peut comporter à titre accessoire des travaux de pose et d'installation.

La notion de marchés de fournitures recouvre :

- les marchés de fournitures courantes, qui sont des marchés de fournitures ayant pour objet l'acquisition par l'acheteur public de produits déjà existants et qui ne sont pas fabriqués sur spécifications techniques particulières ;
- les marchés industriels, qui sont des marchés de fournitures non courantes ayant pour objet principal l'achat de produits qui ne se trouvent pas dans le commerce et que le titulaire doit réaliser sur spécifications techniques propres à l'acheteur public. Il peut s'agir de contrats de nature diverse, par exemple de contrats de recherche, d'études, de faisabilité, de définition ou de conception (d'un système, d'un ouvrage, d'un produit ou d'un procédé) ou bien encore de contrats d'exploitation y compris la prospective ;
- les contrats de crédit-bail, de location ou de location vente, avec ou sans option d'achat. En revanche, la notion de marché public de fournitures se limite aux marchés portant sur des objets mobiliers ; elle ne couvre pas les ventes, locations-ventes ou contrats de crédit-bail relatifs à des biens immobiliers.

1.1.5.3. Sont des marchés de services, les marchés ayant pour objet la réalisation de prestations de services. La notion de marchés de services doit être entendue de manière extensive. Elle recouvre par exemple :

- les marchés de services courants qui ont pour objet l'acquisition par l'acheteur public de services pouvant être fournis sans spécifications techniques exigées par cet acheteur ;
- les marchés de prestations intellectuelles qui comportent nécessairement des obligations spécifiques significatives liées à la notion de propriété intellectuelle ;
- les marchés de services financiers notamment ceux liés aux acquisitions immobilières.

1.1.5.4. Les marchés " mixtes " .

L'article 1er du code indique que lorsqu'un marché public est mixte parce qu'il a pour objet à la fois des services et des fournitures, il convient de prendre en considération la prestation dominante. Il s'agit ainsi d'un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir.

En revanche, le code n'évoque pas expressément le cas des marchés mixtes comportant une part de travaux (cas d'une véritable incorporation des fournitures ou services aux travaux), car cette hypothèse ne trouve pas normalement à s'appliquer.

1.1.6. Le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier qualifie les marchés publics de contrats administratifs.

Le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-champ-dapplication-et-principes-fondamentaux/>

réformes à caractère économique et financier prévoit que " les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ".

Ce texte, qui devrait être adopté définitivement à l'automne 2001, permet de mettre un terme à l'incertitude qui résulte du partage du contentieux des marchés publics entre les deux ordres de juridiction. Il unifie en effet le contentieux des contrats soumis au code des marchés publics en le confiant au juge administratif, à l'exception des litiges pour lesquels le juge judiciaire était compétent et qui ont été portés devant lui avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi.

Assurances et marchés publics

1. Faire relever les marchés publics du seul juge administratif, comme le prévoit le projet de loi MURCEF, n'est en rien de nature à modifier l'équilibre global du régime spécifique des contrats d'assurance.

Le code des marchés publics, d'essence réglementaire, cède nécessairement le pas devant les dispositions législatives du code des assurances.

Le juge administratif appliquera le code des assurances, tout comme le juge judiciaire, en faisant prévaloir les dispositions législatives sur toute règle contraire fixée par une disposition de nature réglementaire. De même, la jurisprudence judiciaire sera prise en compte par le juge administratif, exactement comme le juge administratif a inclus la jurisprudence judiciaire dans son champ jurisprudentiel pour l'application de l'ordonnance du 2 décembre 1986 sur la concurrence.

A titre d'exemples :

- les conditions de révision des primes, prévues par le code des assurances, notamment l'augmentation du montant de la prime en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, s'imposent dans le cadre des marchés publics ;

- la date d'entrée en vigueur des contrats d'assurance peut être antérieure à la notification du contrat lui-même, au moyen des notes de couverture permettant de constater l'engagement réciproque de l'assureur et de l'assuré ; ces notes de couvertures, prévues par les dispositions des articles L. 111-2 et L. 111-3 du code des assurances, s'imposent également nonobstant toute disposition contraire du code des marchés publics ;

- l'exception d'inexécution, qui permet à l'assureur de mettre fin au contrat, trouvera à s'appliquer dans les marchés publics d'assurance comme elle s'applique dans les contrats d'assurance entre personnes privées.

2. Les contrats d'assurances peuvent bénéficier de la procédure négociée prévue à l'article 35 du code des marchés publics.

Les contrats d'assurances sont des marchés de services. Ils peuvent être passés selon les règles de la procédure négociée de l'article 35 lorsque la prestation de service à réaliser est de nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offre. Dès lors que ces conditions sont remplies, une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalables peut trouver à s'appliquer.

1.2. L'article 1er rappelle les principes fondamentaux qui régissent la commande publique.

Les principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique, qui se trouvent expressément consacrés par l'article commenté, constituent de simples applications du principe plus général d'égalité des citoyens devant les charges publiques, mais également des principes de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie.

Ces principes, ainsi que le principe de transparence des procédures qui en découle, animent l'ensemble des dispositions relatives aux procédures de passation des marchés.

1.2.1. Le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de liberté d'accès à la commande publique.

Ces deux principes sont complémentaires.

1.2.1.1. Le principe d'égalité de traitement des candidats.

L'égalité de traitement devant la loi est un principe général du droit, érigé en principe à valeur constitutionnelle. Il signifie que toute personne - physique ou morale - doit être traitée de la même façon qu'une autre personne placée dans la même situation.

Il revêt une spécificité particulière et une importance fondamentale dans le cadre des marchés publics notamment dans les procédures de mise en concurrence prévues par le code (CE, 25 juillet 1939, Dame veuve Gautron).

L'égalité consacrée par le Code implique en effet la fixation préalable de règles du jeu claires pour garantir la transparence et la libre concurrence.

L'administration doit ainsi mettre tous les candidats dans une situation d'égalité au regard de l'information sur les conditions du marché.

L'égalité trouve des équivalences en droit communautaire dans le principe de non-discrimination, et en droit international dans le principe d'égalité de traitement, qui figurent respectivement dans les directives et dans l'Accord international sur les marchés publics.

1.2.1.2. La liberté d'accès à la commande publique.

Cette liberté consiste à permettre à toute personne remplissant les conditions requises de se porter candidate à un marché public.

L'administration ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles que le code lui permet d'imposer en matière de capacité, de garanties professionnelles et financières ou encore de caractéristiques des offres.

Ainsi, le juge administratif sanctionne les clauses qui, par leurs exigences particulières en matière de capacité ou de spécifications techniques, écartent certaines catégories de candidats (CE, 9 février 1992, Mauguin).

Le principe de liberté d'accès interdit d'exclure des candidats qui remplissent toutes les conditions requises posées par le règlement de la consultation, et ce dernier ne doit comporter aucune exigence qui ne serait pas justifiée par l'objet du marché. L'attention des acheteurs publics est particulièrement appelée sur ce point.

Le principe de liberté d'accès interdit aux acheteurs publics de subordonner l'accès des candidats aux marchés à des conditions qui seraient de nature à créer une discrimination injustifiée, telles que la fourniture de certaines pièces que toutes les entreprises ne sont pas légalement tenues de posséder et qui ne sont pas indispensables à l'appréciation de leurs garanties et aptitudes.

1.2.2. Le principe de transparence des procédures.

L'obligation de transparence qui incombe à l'acheteur public consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché.

S'agissant en particulier des marchés d'un montant supérieur aux seuils communautaires, ce principe de transparence des procédures a été posé dans l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH), qui dispose que le principe de non-discrimination " implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté ".

1.2.3. Sanctions du non-respect de ces principes.

La méconnaissance des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement constitue non seulement une cause d'illégalité de nature à entraîner l'annulation du marché ou de la décision de le passer, mais encore un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de l'article L. 551-1 (ex. L. 22) du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives. Elle expose également son auteur à des sanctions pénales pour délit de favoritisme.

1.3. Le code affirme également comme principe, dès l'article 1er, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, protectrice des deniers publics et garantissant l'efficacité de la commande publique.

Le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est posé dès l'article 1er ; ainsi la règle du choix du " mieux-disant " plutôt que du " moins-disant " est affirmée. Cette règle se décline par diverses mesures dont la suppression de la procédure d'adjudication et l'indication du " critère prix " parmi les autres critères de choix possibles (cf. article 53).

Il convient de se référer à l'article 53-II du code qui énonce certains des critères permettant de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

C'est en ce sens que le code des marchés publics conduit les acheteurs à faire évoluer leur pratique d'achat vers une meilleure efficacité de la commande publique et une meilleure utilisation des deniers publics (Conseil de la concurrence, avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000).

La définition préalable des besoins (cf. article 5), le respect des obligations de publicité (cf. articles 39 et 40) et de mise en concurrence (cf. articles 32 à 38) participent de ce même objectif.

En conséquence, même si le code ne soumet pas les achats d'un montant inférieur à 90 000 Euro HT à des procédures formalisées d'achat, ce principe ne fait pas obstacle à ce que l'acheteur public s'entoure de plusieurs avis lui permettant de s'assurer d'une bonne gestion des deniers publics.

Associations et marchés publics

Le but des différents textes appelés à régir la commande publique n'est pas de soumettre les relations entre collectivités publiques et associations à des règles inadaptées.

1. Il y a marché public lorsque l'administration exprime de son initiative un besoin qui lui est propre et qu'elle demande à un prestataire extérieur de lui fournir les biens ou prestations de nature à satisfaire ce besoin en contrepartie d'un prix. Dès lors, le code des marchés publics, ou la loi Sapin s'il s'agit d'une délégation de service public, trouvent à s'appliquer, quel que soit le statut du fournisseur.

Toutefois, l'article 30 du code des marchés publics permet l'attribution de marchés sans formalités préalables dans plusieurs cas qui intéressent particulièrement les associations : secteur sanitaire et social, insertion professionnelle, services récréatifs culturels et sportifs.

2. En revanche, il y a subvention lorsqu'il s'agit pour une collectivité d'apporter un concours financier aux activités d'une association qui a bâti un projet spécifique. On ne se trouve alors pas dans le cadre d'une relation de marché public. En effet, chaque fois qu'une collectivité décide de participer financièrement, dans une proportion qui peut fortement varier d'un cas à l'autre, à un projet élaboré par une association, et qui répond aux besoins de cette dernière, on se trouve alors dans le domaine de la subvention qui n'appelle pas de mise en concurrence préalable.

Cela reste vrai même si le projet associatif se trouve être un projet d'intérêt général dans un domaine où l'administration pourrait aussi intervenir. De même, l'octroi d'une subvention peut s'accompagner d'un contrat afin que la personne publique convienne avec l'association des objectifs qui justifient une participation financière, prévoient des moyens de contrôle et des échéanciers de versement, sans pour autant donner au contrat passé à cet effet le caractère d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Article 2

I. - Les dispositions du présent code s'appliquent :

1° Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;

2° Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1o du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret.

II. - Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code ; les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics.

L'article 2 du code des marchés publics définit le champ d'application du code, en énumérant les personnes assujetties à ses règles.

Si le champ d'application classique du code est maintenu, il faut noter que, sauf exception, les règles qui s'appliquent à l'Etat et celles s'appliquant aux collectivités territoriales ont été fusionnées.

2.1. Les personnes publiques soumises au code.

2.1.1. L'Etat.

Les marchés de l'Etat sont soumis au code des marchés publics, qu'ils soient passés par les services centraux, les services à compétence nationale, ou les services déconcentrés, voire par des organismes qui, sans posséder la personnalité juridique, disposent d'une certaine autonomie, par exemple les autorités administratives indépendantes.

Les établissements publics de l'Etat soumis au code sont tous les établissements autres que les établissements publics industriels et commerciaux. Ces établissements comprennent non seulement les établissements publics administratifs, mais encore ceux qualifiés d'établissements publics :

- à caractère culturel (loi du 3 janvier 1975 pour le Centre G.-Pompidou) ;
- à caractère scientifique, culturel et professionnel et autres établissements publics d'enseignement supérieur (code de l'éducation) ;
- à caractère scientifique et technologique (loi no 82-610 du 15 juillet 1982 modifiée) ;

Ces catégories d'établissements publics ont été regardées par la jurisprudence comme de simples variétés d'établissements publics administratifs.

Les établissements consulaires tels les chambres de commerce et d'industrie ou les chambres d'agriculture ont été identifiés par le juge comme des établissements publics administratifs rattachés à l'Etat (CE, 13 janvier 1995, chambre de commerce et d'industrie de la Vienne et CE, 9 décembre 1987, chambre d'agriculture des Deux-Sèvres).

Bien que qualifiés d'établissements à " caractère économique " par la loi du 8 août 1994, ils n'en restent pas moins des établissements publics administratifs. Ils sont à ce titre soumis au code des marchés publics.

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement. Dès lors qu'un article du code vise l'Etat, il s'applique donc également à ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial.

2.1.2. Les collectivités territoriales.

Le code des marchés s'applique sans restriction aux marchés des collectivités territoriales métropolitaines, qu'elles relèvent du droit commun (communes, départements, régions) ou qu'elles soient dotées d'un statut spécifique (communes de Paris, Lyon, Marseille, communes d'Alsace-Moselle).

Il s'applique également aux régions et départements d'outre-mer. En revanche, il ne régit pas les marchés des territoires d'outre-mer (TOM) qui disposent de leur réglementation propre. Dans les TOM, il appartient en effet aux assemblées délibérantes de déterminer les règles applicables en la matière.

Contrairement aux établissements publics de l'Etat, tous les établissements publics des collectivités territoriales sont soumis au code des marchés publics sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial.

Par ailleurs, le code s'applique aussi bien à ceux d'entre eux qui ont le statut d'établissement public territorial (structures de coopération intercommunale) qu'à ceux à caractère purement fonctionnel (lycées et collèges, hôpitaux publics, offices publics d'HLM, offices publics d'aménagement et de construction, centres communaux d'action sociale). Il a par ailleurs été jugé que les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales (CE, 13 septembre 1995, Favier).

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement. Dès lors qu'un article du code vise les collectivités locales, il s'applique également à leurs établissements publics.

Enfin, en vertu de la réglementation qui leur est propre, les établissements publics locaux d'enseignement sont soumis aux règles du code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales.

2.1.3. A l'étranger.

Les marchés passés en France et exécutés à l'étranger sont soumis à la loi française et donc au code des marchés publics.

En revanche, sauf décision des parties de s'y soumettre volontairement, le code des marchés publics ne s'applique pas
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-champ-da-ppllication-et-principes-fondamentaux/>

aux marchés passés et exécutés à l'étranger.

2.2. Les personnes publiques non soumises au code.

Ne sont pas soumis au code les groupements d'intérêt public et les établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial.

Le champ d'application du code n'est pas sur ce point modifié. Le champ d'application organique retenu par l'article 2 du code maintient donc les spécificités qui caractérisent le régime des EPIC nationaux par rapport aux autres structures administratives publiques. Toutefois, au regard du droit communautaire, certains EPIC de l'Etat et certains GIP peuvent être définis comme des pouvoirs adjudicateurs et dans ce cas sont soumis aux directives européennes. En outre, certains EPIC ont choisi de se soumettre volontairement aux principes ou aux règles du code des marchés publics.

Les directives communautaires " marchés publics " définissent en effet leur champ d'application en recourant à la notion de " pouvoir adjudicateur ", qui vise en particulier " ... tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et
- doté de la personnalité juridique

et

- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé des membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public " .

La jurisprudence communautaire a permis de préciser progressivement ces critères de définition des organismes publics qui doivent être regardés comme étant des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives européennes, à savoir : CJCE 15 janvier 1998 Mannesmann ; 10 novembre 1998, communes d'Arnhem et Rheden ; 3 octobre 2000 University of Cambridge ; 1er février 2001 Commission c/ République française.

Cette définition est susceptible d'englober certains EPIC nationaux dans la mesure où il serait établi qu'en réalité leur activité les conduit à " satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ". Ceci ne peut être a priori exclu dans la mesure où il est depuis longtemps acquis qu'un EPIC peut gérer des activités de nature administrative.

Toutefois les règles communautaires visent pour l'essentiel la passation des marchés, et non leur exécution ou leur contrôle.

Au surplus, ces organismes qui ne sont pas assujettis au code peuvent, sous réserve que cela soit compatible avec leur réglementation spécifique, s'y soumettre volontairement. Dans ce cas, ils sont tenus d'en respecter les dispositions. Par ailleurs, conformément à l'article 8 du code, si un EPIC participe à un groupement de commandes, il est tenu d'appliquer les règles prévues par le code.

Le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier modifie la loi no 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Ce projet vise à soumettre à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence les contrats d'un montant supérieur aux seuils communautaires, passés par un groupement de droit privé formé entre des collectivités publiques ou encore un établissement public à caractère industriel et commercial de l'Etat ou un groupement d'intérêt public, satisfaisant à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et répondant à certaines conditions.

2.3. Le cas des personnes privées.

2.3.1. Le principe : les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application du code des marchés publics.

Si les personnes privées ne sont pas soumises au code des marchés publics, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite " loi Sapin ", indique que les organismes privés d'HLM et les sociétés d'économie mixte sont soumis aux principes de publicité

et de mise en concurrence prévus par le code des marchés publics, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Tel a été l'objet de ses décrets d'application n° 93-584 du 26 mars 1993 et n° 93-733 du 27 mars 1993. En outre, des personnes privées peuvent être soumises aux dispositions de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elles remplissent les critères prévus par son article 9 (décret d'application n° 92-311 du 31 mars 1992).

Il en va de même de certaines personnes privées soumises à la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 en raison de leurs activités dans le domaine des transports, de l'énergie, de l'eau (décret d'application n° 93-990 du 10 août 1993).

2.3.2. Les exceptions : certaines personnes privées sont soumises au code par détermination législative ou réglementaire : le cas des mandataires.

2.3.2.1. Aux termes de l'article 1984 du code civil, le mandat est défini comme étant " un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ".

2.3.2.2. Sous réserve qu'il ne porte pas atteinte à des règles fixées par la loi ou le règlement (exemple en matière de maniement des fonds publics), un mandat peut exister sans qu'un texte particulier l'ait prévu. Toutefois, plusieurs textes spécifiques ont fait application du mécanisme du mandat dans des domaines susceptibles de donner lieu à la passation de marchés publics.

Il s'agit tout d'abord de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (loi MOP).

L'article 3 de cette loi indique ainsi que " le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire certaines des attributions de la maîtrise d'ouvrage. "

En dehors même du champ d'application de cette loi, l'application volontaire des mécanismes qu'elle prévoit a été jugée possible (CE 8 avril 1998, Préfet de l'Aube pour un mandat lié à des travaux ne relevant du champ de cette loi mais soumis volontairement à ses dispositions).

Une autre forme de mandat résulte de l'article R. 321-20 du code de l'urbanisme.

Cet article a notamment pour objet de permettre aux collectivités locales de confier par convention aux SEM (sociétés d'économie mixte) du chapitre Ier du titre II du livre III du code de l'urbanisme le soin de procéder " en leur nom et pour leur compte à la réalisation d'études ". L'article R. 321-20 prévoit par ailleurs que la convention fixe les modalités de financement par la collectivité publique de l'intervention de la SEM. Ce financement peut s'opérer par la mise à disposition des fonds nécessaires, le remboursement des dépenses exposées, ou l'habilitation à solliciter et percevoir directement les subventions ou les prêts susceptibles d'être accordés.

On peut également citer le mandat prévu pour l'achat d'espaces publicitaires par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Aux termes de l'article 20 de cette loi, " tout achat d'espace publicitaire ou de prestation ayant pour objet l'édition ou la distribution d'imprimés publicitaires ne peut être réalisé par un intermédiaire que pour le compte d'un annonceur et dans le cadre d'un contrat écrit de mandat. "

2.3.2.3. Les marchés passés en exécution de ce mandat par le mandataire d'une collectivité soumise au code sont assujettis aux dispositions de ce code.

En effet, aux termes de l'article 2 du code des marchés publics : " les dispositions du présent code s'appliquent ... aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret ".

Ce principe reprend la jurisprudence résultant de plusieurs décisions (CE, 28 juillet 1995, préfet de la région d'Ile-de-France, six arrêts), relevant que les dispositions du code des marchés publics " sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités locales ".

Cette jurisprudence a été explicitée par un avis récent sur le mandat institué par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-champ-dapplication-et-principes-fondamentaux/>

à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée. Le Conseil d'Etat a ainsi clairement posé le principe de la soumission des achats réalisés en exécution d'un mandat aux règles applicables au mandant. Cette solution est fondée sur " le principe de représentation du mandant par le mandataire ", dont se déduit le principe selon lequel " les règles à appliquer sont celles auxquelles est soumis le mandant et non le mandataire " (CE, section des finances, avis du 22 janvier 1998). Le principe de représentation apparaît comme un des principes fondamentaux du régime des mandats tel qu'il résulte du code civil, et n'est donc pas spécifique au mandat de la loi MOP du 12 juillet 1985.

Par ailleurs, la portée de ce principe ne se limite pas aux seules règles de passation. L'avis précité a d'ailleurs été rendu au sujet du contrôle financier, du contrôle des commissions spécialisées des marchés ainsi que du contrôle de légalité.

L'ensemble des règles découlant du code des marchés doit donc être considéré comme applicable aux marchés passés par le mandataire d'une collectivité soumise à ce code.

Cette solution a été confirmée également en dehors du champ d'application de la loi de 1985 (CE, 8 avril 1998, préfet de l'Aube, pour un mandat conclu en dehors du champ d'application de la loi du 12 juillet 1985 ; CAA Nantes, 16 juin 1994, SA SADE pour le cas où une SEM, en application du mandat de l'article R. 321-20 du code de l'urbanisme, confie à une entreprise tierce le soin de réaliser les études, le marché passé par la SEM avec l'entreprise sera considéré comme un marché public).

2.3.2.4. Pour mémoire, il convient de rappeler que les contrats de mandat, qui lient la personne publique au mandataire, échappent au code des marchés publics (cf. article 3, commentaire au point 3.3).

Article 3

Les dispositions du présent code ne sont pas applicables :

- 1° Aux contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ;
- 2° Aux contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, lorsque la personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité ;
- 3° Aux contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens, sauf s'ils comportent des clauses relatives au financement du prix ;
- 4° Aux contrats qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes avec des organismes de radiodiffusion, ou l'achat de temps de diffusion ;
- 5° Aux contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services rendus par la Banque de France ou le Système européen de Banques centrales ;
- 6° Aux contrats relatifs à des programmes de recherche-développement auxquels une personne publique contribue sans les financer intégralement ni en acquérir complètement les résultats ;
- 7° Aux contrats de mandat ;
- 8° Aux contrats relatifs à des fournitures, des travaux ou des services conclus pour le compte d'une organisation internationale ;
- 9° Aux contrats relatifs à des fournitures, des travaux ou des services conclus pour l'application d'un accord international concernant le stationnement de troupes ;
- 10° Aux contrats relatifs à des fournitures, des travaux ou des services conclus pour l'application d'un accord international passé entre la France et un ou plusieurs pays tiers en vue de la réalisation ou de l'exploitation d'un projet ou d'un ouvrage ;
- 11° Aux contrats qui ont pour objet l'achat d'oeuvres d'art ou d'objets anciens ou de collection.

L'article 3 énumère les contrats qui ne sont pas soumis au code des marchés publics. La plupart de ces exclusions

figuraient déjà dans l'ancien code des marchés publics au livre V relatif à la réglementation d'origine communautaire.

Certaines sont nouvelles et d'autres ont été supprimées.

Les exclusions qui ont été reprises avec une rédaction nouvelle sont indiquées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 9° et 10° de l'article 3. Elles sont justifiées par la spécificité de leur objet.

Les exclusions nouvelles sont indiquées au 1° de l'article 3 et concernent les contrats de prestations intégrées, également désignés contrats " in house " ainsi qu'au 11° de l'article 3.

Des exclusions de l'ancien code ne figurent plus dans la liste. Il s'agit notamment :

- des contrats relatifs à la téléphonie et aux télécommunications qui entrent naturellement dans le champ d'application du code des marchés, suite à l'ouverture à la concurrence de ce secteur ;
- des contrats qui ont pour objet l'arbitrage ou la conciliation ;
- des contrats de travail, qui ne peuvent jamais être qualifiés de marchés.

Les exclusions qui sont définies à l'article 3 peuvent être classées en 4 catégories :

3.1. Les situations d'exclusivité dans les relations entre les contractants. Ces exclusions, au nombre de deux, sont précisées aux 1° et 2° de l'article 3.

3.1.1. Le 1° de l'article 3 concerne les contrats de prestations intégrées, également désignés contrats " in house ".

La rédaction du 1° de l'article 3 traduit la jurisprudence communautaire récente (Cour de justice des Communautés européennes, 18 novembre 1999, Teckal).

Le 1° de l'article 3 vise à exclure de l'application du code les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus par une personne publique avec une entité qui peut être regardée comme son prolongement administratif.

Tel est le cas lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : l'acheteur public dispose d'un pouvoir de contrôle étroit sur son cocontractant et l'activité de celui-ci est principalement consacrée à l'acheteur public. Ce peut être la situation notamment, de certains établissements ou de certaines filiales d'organismes publics ou encore entre une collectivité territoriale et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle.

On peut également penser qu'un service d'une administration de l'Etat auquel, pour des raisons de commodité ou de fonctionnement, on choisit de donner l'autonomie juridique sans rien changer à sa mission et à son mode de fonctionnement, rentre dans cette hypothèse.

Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire ARGE Gewässerchutz (CJCE, 7 décembre 2000) permettent d'éclairer les conditions qui doivent être réunies.

3.1.1.1. Le contrôle du pouvoir adjudicateur.

Pour qu'un contrat échappe aux règles du code, il convient d'établir que la collectivité exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Dès lors que le pouvoir adjudicateur jouit, à l'égard d'un prestataire, d'un pouvoir de contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, les missions qu'il est susceptible de lui confier ne seront pas traitées autrement que si elles avaient été simplement déléguées en son sein. La capacité de la collectivité à peser sur le fonctionnement du prestataire et l'absence d'autonomie qui en découle pour ce dernier privent de tout intérêt le recours à une mise en concurrence préalable.

Pour évaluer le degré d'autonomie, il est notamment possible de vérifier le nombre et la nature des postes détenus par des représentants d'opérateurs privés dans les organes de décision de cet organisme et de dire dans quelle mesure les pouvoirs ainsi répartis ont une incidence sur les orientations économiques prises. D'autres critères sont également

envisageables. En revanche, une simple relation de tutelle ne suffit pas.

D'autres constatations doivent être opérées. Car la qualification de prestations " in house " qui peut être conférée à l'activité des entités en cause n'est pas uniquement conditionnée par cet élément. Le seul constat d'une dépendance structurelle à l'égard de la collectivité publique qui entreprend de passer un marché public ne suffit pas à faire des prestations qu'elles fournissent des prestations comparables à celles dont disposeraient ces autorités en recourant à leurs propres ressources internes. C'est pourquoi, il convient également de prendre en considération le destinataire de l'activité économique exercée par ces entités.

3.1.1.2. Le destinataire de l'activité du prestataire.

Il ressort de l'arrêt Teckal, de la CJCE du 18 novembre 1999, qu'une convention ne peut être considérée comme ayant été conclue entre des personnes distinctes lorsque l'opérateur réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui le détiennent. Le principe énoncé dans cet arrêt est fondé sur le critère de l'autonomie de l'opérateur. Mais une entité n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont prises par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs.

En revanche, elle doit être considérée comme totalement liée à son autorité de tutelle lorsque le rapport organique qui l'unit à elle se double d'une quasi-exclusivité, au profit de cette dernière, des prestations qu'elle fournit. Cette situation témoigne d'une volonté de la collectivité non seulement d'utiliser les prestations à des fins publiques, mais également de les destiner principalement à son profit. En conséquence, si le prestataire exerce des activités commerciales, le code redevient applicable, à moins que celles-ci n'occupent une place marginale dans l'ensemble de son activité.

C'est seulement si ces deux conditions sont réunies, contrôle sur la personne analogue à celui que la collectivité exerce sur ses propres services et réalisation de l'essentiel de l'activité du cocontractant avec la collectivité, que l'idée d'un prolongement administratif de la collectivité publique dispense d'observer les règles de concurrence prescrites dans le code.

S'agissant d'une jurisprudence récente, les contrats de prestations intégrées, dits " in house " ont connu dans l'immédiat peu d'application. Cette exclusion s'appliquera sous le contrôle du juge.

3.1.1.3. Le cocontractant qui se trouverait dans la situation ci-dessus décrite doit lui-même appliquer le code des marchés publics pour " répondre à ses besoins propres ", c'est-à-dire qu'il appliquera le code pour la totalité de ses achats et pas seulement pour ceux qui sont liés au contrat de prestations intégrées.

3.1.2. Le 2° de l'article 3 concerne les droits exclusifs.

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services et trouve son fondement dans le droit communautaire.

L'article 6 de la directive 92/50 relative aux marchés de services dispose que les obligations de mise en concurrence prévues par ce texte ne s'appliquent pas " aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, point b, sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ".

Les conclusions du commissaire du Gouvernement sous l'arrêt du Conseil d'Etat (section du contentieux) Communauté de communes de Piémont de Barr du 20 mai 1998, précisent la définition de droits exclusifs, qui n'est pas identique à celle du monopole. En effet, elle rejoint la définition du monopole légal (existence liée à un texte législatif ou réglementaire), mais elle est différente de la notion de monopole de fait ou économique ou du monopole de nature contractuelle.

Il s'agit, en l'espèce, d'un droit d'approvisionnement exclusif de l'acheteur public.

Pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une certaine personne préalablement à toute relation contractuelle. Dans ce cas, le contrat qui a pour objet soit la délégation effective de cette activité à cette personne sur la base de cet acte de puissance publique, soit d'en fixer les modalités, doit être regardé comme étant passé sur la base de droits exclusifs.

Cet acte de puissance publique peut prendre la forme d'une loi ou d'un règlement. L'existence de droits exclusifs ne peut en revanche découler du contrat lui-même ou des actes administratifs détachables de ce contrat : les droits exclusifs doivent avoir été conférés à l'entité en cause avant l'engagement de la procédure contractuelle. De même, une collectivité territoriale ou un établissement public ne sauraient accorder par simple délibération un droit exclusif à un prestataire, sauf si un texte de loi ou un décret les y a expressément autorisés.

Appliqué, en l'espèce, au cas des relations entre une communauté de communes et un syndicat intercommunal, ce raisonnement a conduit le commissaire du Gouvernement à proposer de juger que si l'assainissement avait appartenu aux compétences obligatoires du syndicat mixte, ce dernier aurait détenu un droit exclusif dans ce domaine justifiant que le contrat éventuellement passé entre les deux collectivités publiques pour la mise en oeuvre de cette compétence ne soit pas soumis aux règles de concurrence prévues par la directive " services ". Mais, soulignait-il, dès lors que l'assainissement relevait de la compétence facultative du syndicat, le choix fait par la communauté de communes de confier au syndicat la gestion de son réseau d'assainissement n'avait pas eu pour effet de conférer au syndicat une compétence exclusive dans ce domaine : ni le contrat lui-même, ni l'acte détachable par lequel il a été décidé de contracter ne peuvent être pris en compte pour la reconnaissance de droits exclusifs dans le cadre de l'article 6 de la directive " services ".

Il faut en outre que l'acte qui attribue des droits exclusifs soit compatible, d'une part, avec le traité de Rome (CE, 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance) et, d'autre part, avec les règles du droit de la concurrence (CE, 7 juillet 2000, Fédération française des sociétés d'assurance).

En conséquence, il doit être accordé en vue d'accomplir une mission de service d'intérêt général qui justifie l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question. Par ailleurs, s'il crée une position dominante sur le marché de services en cause au sens de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne et au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, il ne doit pas amener le bénéficiaire à en abuser. Enfin, le contenu, la durée et le territoire concerné doivent être précisément définis.

3.2. Les exclusions qui concernent des contrats passés dans des domaines sectoriels.

3° De l'article 3 : " les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens, sauf s'ils comportent des clauses relatives au financement du prix ". Ce dernier élément de phrase concerne notamment les contrats de crédit-bail qui demeurent soumis au code des marchés publics, même s'ils sont liés à des contrats d'achat ou de location immobilière.

4° De l'article 3 : " les contrats qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes avec des organismes de radiodiffusion, ou l'achat de temps de diffusion ". La notion d'organisme de radiodiffusion visée à cet article doit être entendue comme concernant aussi bien les organismes de radiodiffusion sonore que télévisuelle.

5° De l'article 3 : " les contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services rendus par la Banque de France ou le Système européen de Banques centrales ".

6° De l'article 3 : " les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement auxquels une personne publique contribue sans les financer intégralement ni en acquérir complètement les résultats ".

Cette exclusion écarte l'application du code dans le cas où l'administration se borne à cofinancer un projet de recherche et développement qui ne répond pas à l'un de ses besoins propres et dont elle n'acquiert pas complètement les résultats.

Comme toute exclusion, cette disposition doit s'entendre de façon étroite. En effet, trois conditions cumulatives doivent être réunies : l'objet du contrat, l'existence d'un cofinancement émanant de la personne publique ainsi que l'absence de propriété intégrale des résultats.

Elle ne saurait s'appliquer qu'à des programmes qui portent véritablement sur des opérations de recherche et développement, sans prolongements industriels directs. Les simples marchés d'études n'entrent évidemment pas dans cette catégorie.

11° De l'article 3 : " les contrats d'achat d'oeuvres d'art, ou d'objets anciens ou de collection ".

Cette exclusion se justifie par l'objet même de ces contrats, dont la nature ne saurait s'adapter ni aux procédures de passation, ni aux règles d'exécution du code des marchés publics.

Pour ce qui concerne les oeuvres d'art, sont exclus de l'application du code, aussi bien les contrats par lesquels la personne publique acquiert une oeuvre déjà existante que ceux par lesquels elle fait réaliser une oeuvre plastique.

Pour ce qui concerne l'acquisition d'oeuvres d'art existantes, d'objets anciens ou de collection, il n'existe aucune définition générale des biens visés. Pour les désigner, on emploie plus communément aujourd'hui le terme de biens culturels.

Les textes énumérés ci-dessous comportent des éléments d'identification, mais il s'agit de définitions ponctuelles et partielles adaptées aux objectifs de chacune des législations concernées.

S'il peut être utile de s'y référer, il est néanmoins indispensable d'exercer un regard critique quant à leur application et leur interprétation dans le domaine des marchés publics. Par exemple, l'annexe du décret du 29 janvier 1993 mentionne des seuils financiers et des conditions d'ancienneté, qui n'ont de sens qu'au regard de l'exportation des biens culturels, ce qui ne peut conduire à ne pas considérer comme culturels des biens qui le sont par nature, mais qui seraient de moindre importance en valeur ou en ancienneté.

On citera :

- loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives ;
- article L. 112-2 (5° à 12°) du code de la propriété intellectuelle ;
- annexe du décret n° 93-124 du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation ;
- décret du 18 mars 1924 portant règlement d'administration publique pour l'application des articles 36 et 37 de la loi de finances du 31 décembre 1921 relatifs à la vente publique des oeuvres d'art (ce texte est en cours de modification par le projet de décret d'application de la loi du 10 juillet 2000 " pris en application des articles L. 321-1 à L. 321-38 du code de commerce et relatif aux ventes volontaires de meubles aux enchères publiques) ;
- annexe III au code général des impôts, article 98 A, II et III, reprenant l'annexe I de la sixième directive TVA.

3.3. L'exclusion des contrats de mandat.

Les spécificités du principe de représentation et le rôle particulier du mandataire qui donne au mandat un caractère intuitu personae ont conduit à l'exclusion du contrat de mandat.

Le mandataire " devient " la personne publique et dispose, à ce titre, de ses prérogatives de puissance publique. Ce caractère intuitu personae du mandat et les spécificités du principe de représentation ne permettent pas d'assimiler purement et simplement un tel contrat à un simple achat de prestations de services à titre onéreux.

Différents exemples de mandats ont été donnés plus haut : cf. point 2.3.2.

3.4. Les exclusions qui concernent les opérations transfrontalières.

Ces exclusions, classiques, sont définies aux 8°, 9° et 10° de l'article 3.

Article 4

Dans les cas d'application des dispositions du titre Ier de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, un décret particulier remplace, si besoin est, pour les marchés passés par les services de la défense, les dispositions du présent code.

En cas de menace portant notamment sur une partie du territoire, sur un secteur de la vie nationale ou sur une fraction de la population et en application des dispositions combinées des articles 6 et 5 de l'ordonnance citée dans l'article commenté, des décrets pris en conseil des ministres peuvent ouvrir au Gouvernement tout ou partie des droits suivants :

- le droit de requérir les personnes, les biens ou les services ;

- le droit de soumettre à contrôle et à répartition les ressources en énergie, matières premières, produits industriels et produits nécessaires au ravitaillement et, à cet effet, d'imposer aux personnes physiques ou morales, en leurs biens, les sujétions indispensables.