

Chronique de droit public de la régulation économique n° 4, par
Bertrand du MARAIS¹

UN NOUVEAU DROIT DES MARCHES PUBLICS APRES LE DECRET DU 7 MARS 2001 ² ? PARTIE II : MODERNISATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET PREMIERE TENTATIVE D’EVALUATION DE LA REFORME

3	Le deuxième objectif de la réforme : la modernisation	2
3.1.1	Les marchés publics électroniques : débuts timides mais prometteurs.	2
3.1.2	La prise en compte du progrès technique	5
3.1.3	L’apparition d’un « achat public citoyen ».....	6
4	Un essai d’évaluation de la réforme : sécurité juridique, dédramatisation, efficience ?	7
4.1	L’amélioration de la sécurité juridique des transactions.....	7
4.1.1	Un champ d’application précisé.....	7
4.1.2	Des modalités de calcul des seuils plus précises (art. 27)	10
4.1.2.1	Les commandes de travaux	10
4.1.2.2	Les commandes de fournitures.....	11
4.1.2.3	Les commandes de services	12
4.1.3	La confirmation de la mort du METP.....	13
4.2	Le spectre de la pénalisation s’éloigne.....	14
4.3	Un début de prise en compte de l’efficience économique?	16

¹ Maître des Requêtes au Conseil d’État. Les propos tenus dans la présente chronique, ainsi que les erreurs qui y subsisteraient, n’engagent que leur auteur.

² Décret 2001-210 du 7 mars 2001 *portant code des marchés publics*, JO du 8 mars 2001, p 3700 et annexe, p 37003 MP – 370026 MP

4.3.1	Des dispositifs favorisant l'efficacité économique de la commande publique	17
4.3.2	Des contradictions entre procéduralisation de l'achat public et efficacité économique.....	18
4.3.2.1	Une réduction de l'éventail des instruments contractuels contraire à l'efficacité économique	19
4.3.2.2	Des procédures qui peuvent aller à l'encontre de l'efficacité économique	19

La première partie de cette étude ³ avait présenté le contexte général de la réforme intervenue il y a maintenant un an, ainsi que la façon dont elle remplissait son premier objectif – la *simplification* de la commande publique. Dans la présente chronique, nous étudierons comment l'autre principal objectif – la *modernisation* de la commande publique – se traduit dans le nouveau texte (paragraphe 3) et nous nous essaierons à un exercice d'évaluation *ex-ante* de cette réforme au regard de trois paramètres cruciaux en matière de marchés publics : la sécurité juridique des transactions, leur pénalisation et leur efficacité économique (paragraphe 4).

3 LE DEUXIEME OBJECTIF DE LA REFORME : LA MODERNISATION

La deuxième justification de la réforme résidait dans la modernisation des procédures d'achat public. Le code innove à plusieurs reprises pour prendre en compte : d'une part, l'avènement des techniques de l'information et de la communication (TIC) ; d'autre part, le rythme de l'évolution technique dans la procédure même de l'achat, mais aussi les changements plus profonds de la société, ouvrant la possibilité d'une sorte « d'achat citoyen ».

3.1.1 Les marchés publics électroniques : débuts timides mais prometteurs

³ Cette seconde partie fait suite à la première partie publiée dans cette Revue : *Droit 21*, 2002, AJ 055.

Le nouveau code ouvre la possibilité de l'achat public électronique. Ainsi, la dématérialisation des procédures est clairement prévue à l'article 56. Celui-ci établit comme principe général que tous les échanges d'information peuvent prendre la forme électronique. A compter du 1^{er} janvier 2005, cette simple faculté laissée aux parties se transformera d'ailleurs, pour les acheteurs publics, en obligation d'accepter les candidatures et offres électroniques (art. 56-2°).

Par ailleurs, les dispositions relatives aux différentes procédures de passation des marchés font toutes références à *la possibilité de transmettre les offres* « par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et garantir leur confidentialité » (art. 57-I ; art. 58-I ; art. 61-III ; art. 63-III). Cette mention remplace celle qui prescrivait, au contraire, le dépôt des offres par voie postale, en recommandé avec accusé de réception. Elle ouvre donc la possibilité de les transmettre par voie électronique, sous réserve d'utiliser des méthodes de signature électronique et de cryptage appropriées. Celles-ci ont été confortées juridiquement par l'intervention des textes généraux relatifs à la signature et à la preuve électroniques⁴.

Enfin, le nouveau code envisage la perspective *des enchères électroniques* (art. 56-3°).

Cette pétition de principe doit être évaluée à l'aune d'une part, des priorités affichées chez certains de nos partenaires étrangers, et d'autre part, des possibilités réellement ouvertes par le nouveau code.

Ce qui est appelé Outre-Atlantique *eProcurement* ou encore commerce « B to G » pour « *business to government* » est l'objet d'efforts constants de la part de certains gouvernements.

Ainsi, aux Etats-Unis, dans le cadre de l'initiative *National Information Infrastructure* du Président Clinton, l'obligation pour les Agences fédérales de passer les marchés publics par voie électronique a été consacrée par divers textes législatifs, et notamment le *Federal Acquisition Streamlining Act de 1994* et l'*Electronic Freedom of Information Act de 1996*. Différents portails fédéraux centralisent les 750 milliards de dollars de la commande publique sur le Web. Les acheteurs publics disposent d'une carte d'achat. Le *eProcurement* est ainsi considéré comme un mode de gestion plus efficient de la commande publique, mais aussi comme un puissant moyen de diffuser l'usage de l'Internet dans le secteur privé.

⁴ Loi 200-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique et son décret d'application 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique ; Directive 99/93/CE sur un cadre communautaire pour la signature électronique ; Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

Démarche adoptée dès 1997, au moins en ce qui concerne la publication des informations relatives au droit des marchés publics et des appels d'offre en ligne, par le gouvernement français dans le cadre du PAGSI (Programme d'Action du Gouvernement pour l'entrée de la France dans la société de l'Information). Le Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) est ainsi disponible en ligne en intégralité, sur le site des journaux officiels⁵.

De même, le souci de faciliter les marchés publics électroniques constitue l'un des objectifs de la proposition de révision des trois directives communautaires. Il constitue également une des composantes importantes des programmes européens en faveur du développement de la société de l'information (programme *eEurope* par exemple).

Les expériences déjà menées, y compris sous le régime de l'ancien Code, par la DGA ou le conseil général de l'Oise, s'étaient prudemment limitées à l'utilisation des procédures de l'ancien code exonérées de formalisme (achats sur factures notamment). Les résultats étaient cependant extrêmement encourageants (baisse de 12% du coût enregistré par le Conseil général de l'Oise, et de 25 % par rapport au prix catalogue).

Le texte français paraît relativement en phase avec le contexte international en matière de marchés publics en ligne. Il comporte notamment le principe général que l'ensemble de ses dispositions « qui font référence à des écrits ne fait pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou échange électronique » (art. 56-4°). Néanmoins, certaines de ses dispositions limitent son caractère directement opérationnel. Des doutes préjudiciables au développement du *eProcurement* à la française subsisteront tant que les précisions prévues ne sont pas apportées.

D'une part, certaines prescriptions relatives aux procédures de passation vont directement à l'encontre d'une dématérialisation : offres présentées sous la forme d'un acte d'engagement « en un seul original » (art. 48) ; règle de la double « enveloppe » pour l'appel d'offres ouvert (art. 58-III). D'autre part et assez curieusement pour un décret en Conseil d'État, l'article 56 de ce texte renvoie lui-même en cette matière à des décrets ultérieurs : pour la diffusion en ligne des pièces constitutives du marché, pour les échanges électroniques et pour les enchères électroniques.

Un décret du 18 septembre 2001⁶ est venu cependant consacrer la procédure d'enchères électroniques. Sans limitation de seuil, cette procédure est néanmoins limitée aux *seules fournitures « sans spécifications propres »*⁷. Il reste cependant de nombreux obstacles à surmonter, soit communs à l'usage des TIC dans

⁵ www.journal-officiel.gouv.fr/boamp/

⁶ Décret n° 2001-846 pris en application du 30 de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques, J.O. 217, 19 septembre 2001, p. 14847.

⁷ D. Loth et A. Alonso-Garcia, « Les achats publics pourront avoir lieu en ligne », *Les Echos*, 30 octobre 2001.

l'administration – procédure d'authentification, débit des connexions – soit propres à la commande publique – rôle de la Commission d'appel d'offres, etc.⁸

3.1.2 La prise en compte du progrès technique

Un deuxième axe de modernisation réside dans la meilleure prise en compte, dans la procédure d'achat public, du progrès technique, et surtout de sa rapidité.

Le nouveau code reprend les procédures classiques *d'appel d'offres sur performances* (art. 36 pour sa définition, art. 68 pour sa procédure), du *marché de conception réalisation* pour les travaux (art. 37 pour sa définition ; art. 70 pour sa procédure) et du *marché de définition* (art. 73). Deux dispositions simples viennent cependant améliorer la flexibilité de l'achat public.

D'une part, les *variantes* deviennent la règle lors de la remise des offres, sauf en ce qui concerne les spécifications expressément qualifiées d'intangibles dans le règlement de consultation (art. 50). Le régime est donc inversé par rapport à l'ancien code. Celui-ci n'ouvrait la possibilité de variantes que si celles-ci étaient expressément prévues lors de l'ouverture de la consultation (ex-art. 95bis ; ex-art. 97ter ; ex-art. 297bis ; ex-art. 300).

Par ailleurs, rappelons que les marchés négociés peuvent être conclus, à titre exceptionnel, avec *des prix provisoires*, «lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant ... soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible » (art. 18-I-1°). Cette disposition reprend celle de l'ancien code (ex-art. 80).

⁸ D. Loth, « Les TIC et le nouveau code des marchés publics : un rendez-vous manqué ? », *Colloque l'Administration électronique au services des citoyens*, 21-22 janvier 2002, <http://www.univ-paris1.fr/droit-internet-2002/>

3.1.3 L'apparition d'un « achat public citoyen »

Le code innove également en ce qu'il reconnaît la possibilité pour l'acheteur public de prescrire des conditions de nature sociale (emploi de populations marginales) ou environnementales (art. 14).

La possibilité de sélectionner le « mieux disant social » a toujours été refusée par la jurisprudence interne. Tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel ont rejeté de telles pratiques, principalement pour des raisons de procédures⁹.

Le droit communautaire est cependant plus nuancé. La jurisprudence de la CJCE a admis que le critère de l'emploi puisse être utilisé pour l'attribution du marché, dans la mesure où il est non discriminatoire et a été clairement annoncé au préalable aux candidats¹⁰.

Par ailleurs, la Commission européenne a publié en juillet 2001 et octobre 2001 deux « communications interprétatives » en matière de marchés publics, relatives respectivement aux critères environnementaux et sociaux.

Le nouveau code des marchés publics permet la prise en compte de tels impératifs mais au seul stade de *l'exécution* du contrat, et non de sa passation. Ces dispositions concernent ainsi la « première enveloppe » - comportant les indications nécessaires à la désignation des candidats admis à concourir - et non la seconde enveloppe - comportant l'offre sur lesquelles les candidats vont être départagés. Ces conditions spécifiques d'exécution doivent en outre avoir été portées à la connaissance des candidats, en figurant dans les cahiers des charges.

En revanche, le Conseil constitutionnel a sanctionné, pour atteinte disproportionnée à l'égalité des candidats, les dispositions du projet de loi MURCEF qui réservaient l'attribution d'un quart des lots des marchés allotés aux seules coopératives ouvrières, entreprises d'insertion ou d'économie sociale¹¹.

⁹ Respectivement : CE, 10 mai 1996, *Fédération Nationale des Travaux Publics*, *Rec. Leb.* p. 164 ; DC 98-403 du 29 juillet 1998, JO 31 juillet 1998, p. 11710.

¹⁰ CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ France*, C-225/98.

¹¹ 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*.

4 UN ESSAI D'ÉVALUATION DE LA RÉFORME : SÉCURITÉ JURIDIQUE, DEDRAMATISATION, EFFICIENCE ?

Au-delà des objectifs affichés, c'est à l'aune de ses effets sur le droit de la commande publique que l'on pourra juger si le nouveau code des marchés publics apporte des réelles améliorations. S'il est encore trop tôt pour identifier tous les effets du nouveau texte, des évolutions positives peuvent d'ores et déjà être prévues concernant la sécurité juridique des transactions. Son corollaire, la pénalisation de la commande publique, va également beaucoup évoluer, sans doute dans le sens d'une certaine assouplissement. En revanche, et contrairement aux souhaits des auteurs du texte, il n'est pas certain que celui-ci favorise la rationalité économique de l'achat public.

4.1 L'amélioration de la sécurité juridique des transactions

Les efforts de simplification du droit des marchés publics auront sans aucun doute des effets favorables sur la sécurité juridique des transactions. Ceci peut s'identifier à plusieurs niveaux : le champ d'application du nouveau code est élargi ; le calcul des seuils est précisé et la pratique déviante des METP est clairement exclue.

4.1.1 Un champ d'application précisé

L'ancien code donnait une définition tautologique des marchés publics : « ...des contrats passés, dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services. » (ex-art. 1).

Le nouveau code en donne une définition fonctionnelle, et donc plus exhaustive : « ... les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public ..., pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » (art. 1) .

Le champ d'application du nouveau code inclut ce que l'on avait pu craindre voir apparaître : les « marchés publics de droit privé ». D'une part, une partie de la doctrine administrative avait dégagé la notion de « commandes hors marché » pour les contrats passés pour un montant inférieur au seuil de déclenchement des

procédures du code (300.000 F ex-art. 123 et ex-art. 321). Ces « travaux sur mémoire » ou « achats sur factures » étaient nécessairement pour certains des contrats de droit privé.

Par ailleurs, la jurisprudence avait considéré qu'un marché public n'était pas nécessairement un contrat administratif, en adoptant une définition finaliste et non organique¹².

Réciproquement, le formalisme tout à fait particulier des marchés publics ne pouvait être considéré comme constituant une clause exorbitante du droit commun, ce qui aurait entraîné automatiquement la qualification de contrat administratif.

L'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 dite *MURCEF* a mis bon ordre à cette situation, en affirmant la qualification générale de contrat administratif.

Le champ d'application *ratione materiae* du droit des marchés publics est également précisé à plusieurs niveaux.

Les conventions de fourniture entre collectivités publiques ne sont pas incluses, dès lors qu'elles ne sont pas conclues « à titre onéreux », et donc ne donnent pas lieu à paiement d'un prix. Si la condition générale de contrat à titre onéreux, reprise des directives, est nécessaire à l'exclusion de telles conventions, elle n'y est cependant pas suffisante. En effet, il restera sans doute à la jurisprudence à vérifier que des conventions par lesquelles des collectivités publiques s'échangent des services ou des biens, ne procurent pas des avantages financiers tels qu'elles ne pourraient être considérées comme relevant de pures libéralités.

Il en reste de même pour les conventions passées avec le secteur privé et ayant le même effet, qui sont qualifiées de marchés publics lorsqu'ils conduisent à un échange d'avantages financièrement valorisables : contrats de mobilier urbain¹³ ou contrats dans lesquels le fournisseur est rémunéré en nature, par exemple par l'utilisation des matériaux du chantier¹⁴.

A cet égard, le nouvel article 3-1° consacre l'exclusion du champ du code dont bénéficient les prestations dites « *in house* » ou internes.

Pour ce type de transactions, le nouveau code impose deux conditions – cumulatives - reprises de la jurisprudence communautaire et dorénavant intégrées en droit interne :

- l'organisme public acheteur doit exercer sur l'organisme fournisseur - qui constitue un de ses démembrements - un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services :

¹² TC 3 juillet 1999, *Commune de Sauve*.

¹³ CE, Avis Section TP, 14 octobre 1980, *EDCE 1981*, p. 196 ; CE Sect., 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron et J-C Decaux*, *AJDA*, 1996, chron. J-H Stahl et D. Chauvaux, p.120

¹⁴ CE, 22 février 1980, *SA des sablières modernes d'Aressy*, *Rec. Leb.* p. 100.

- et ce second organisme doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la détiennent ¹⁵.

Le nouveau code ajoute cependant une troisième condition. Pour que la transaction soit exonérée des prescriptions du droit des marchés publics, il faut *que le second organisme fournisseur* applique lui-même le code des marchés publics. Même si cette condition ne va pas nécessairement de soi, elle est néanmoins cohérente avec la définition communautaire des « pouvoirs adjudicateurs ». Les démembrements des organismes publics « de tête » appartiennent à cette catégorie, par construction. Ils sont donc eux-mêmes soumis au droit communautaire des marchés.

A cet égard, le droit communautaire limite, paradoxalement, cette tentative de mieux définir le champ d'application des marchés publics. Le décret du 7 mars 2001 n'effectue en effet qu'une codification partielle des mesures applicables aux organismes publics. Dès lors que le gouvernement choisissait la voie réglementaire, il se fermait la possibilité d'inclure dans un même code toutes les procédures édictées spécifiquement par les lois de 1991 à 1995 rappelées en Partie I, transposant les directives marchés à certains secteurs ou catégories d'organismes publics. Les praticiens continueront donc à utiliser la notion de marché « au sens du droit communautaire », au-delà de la notion de marché public au sens du nouveau code.

En sens inverse, le code s'accompagne d'une disposition de nature législative qui vient, du moins en théorie, conforter son champ d'application. L'article 3 de la loi « MURCEF » donne *une définition législative à la délégation de service public*, en modifiant l'article 38 de la loi « Sapin » du 29 janvier 1993 et l'article L 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) ¹⁶. Or, l'absence de délimitation claire de ces deux types de contrat, souvent très proches dans leurs fonctionnalités, constituait une redoutable menace pour la sécurité juridique des opérations qu'ils consacraient, dès lors notamment qu'ils sont régis par des obligations procédurales différentes ¹⁷. Le mode d'attribution normal des délégations de service public est en effet la « négociation compétitive », une procédure proche de la nouvelle procédure de « mise en concurrence simplifiée ».

Le gouvernement et le législateur ont repris exactement la définition de la délégation de service public retenue par la jurisprudence. Si la rémunération du délégataire est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, alors le contrat entre dans la catégorie des délégations de service public, selon la décision du

¹⁵ Voir CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C 107/98 et CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, 218067, nos commentaires à cette revue.

¹⁶ « Une délégation de service public est 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 aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

¹⁷ B. Genevois, « La distinction entre concession de service public et marché de travaux publics », *CJEG*, 576, mai 2001, p. 179-190.

Conseil d'État du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc*¹⁸, régulièrement confirmée depuis.

On peut donc espérer que cette disposition mettra fin au dilemme antérieur. Si le critère retenu par le Conseil d'État est apparemment rigoureux d'un point de vue conceptuel, son contenu et donc son application pratique restent néanmoins matière à interprétation. Notamment, le critère du mode de rémunération – la notion de « résultats de l'exploitation » - semble se rapporter, selon la jurisprudence, davantage à un type de relations avec les usagers – un face à face direct avec l'exploitant – qu'à une notion financière, qui recouvrirait alors un partage de risques économiques.

4.1.2 Des modalités de calcul des seuils plus précises (art. 27)

Le nouveau code des marchés publics définit les modalités de calculs du montant du marché (art. 27), montant qui détermine lui-même la procédure de passation applicable.

L'ancien code n'ayant pas prévu de telles règles, la méthode de calcul du montant de la commande résultait de l'Instruction d'application du code des marchés publics. L'article 27 nouveau apporte donc d'utiles précisions, souvent issues de la jurisprudence.

D'un point de vue général, l'approche est globalisante. Pour les commandes de toute nature, les seuils s'appliquent à l'ensemble d'une commande, indépendamment du nombre d'entreprises concernées. De même, les seuils s'appliquent à la somme des lots en cas d'allotissement, (art. 27-IV) ou à la somme des phases de réalisation d'une opération de communication publique dans la limite de trois ans (art. 69).

Cette approche globalisante est mise en œuvre de façon différente selon la nature des besoins de l'organisme public, et donc selon la nature de la commande.

4.1.2.1 *Les commandes de travaux*

En matière de travaux, le code renvoie aux notions alternatives « d'opération » ou « d'ouvrage » (art 27-I).

Issue de la jurisprudence¹⁹, la notion « d'opération » s'identifie dans la pratique à partir d'un faisceau d'indices :

¹⁸ *Rec. Leb.* p. 137 ; Concl. C. Chantepy et Note P. Terneyre, *RFDA*, 12 (4), juill.-août 1996, pp. 715-722 ; Chronique X. Girardot et D. Chauvaux, *AJDA*, 3, 20 oct. 196, pp. 729-732.

- présence d'une « unité fonctionnelle » qui peut faire l'objet d'un usage indépendant ;
- conditions d'exécution semblables ;
- unité dans le processus de décision et d'instruction du dossier, etc..

Le juge utilise cependant ces critères dans une approche finaliste, afin de déceler une éventuelle volonté de fractionner le marché pour le faire échapper aux formalités de mise en concurrence.

La notion « d'ouvrage » est directement issue du droit communautaire²⁰. Elle peut éventuellement s'appliquer à des travaux réalisés par plusieurs collectivités distinctes dès lors qu'ils respectent les trois unités de temps, de lieu et d'objet²¹.

Si l'utilisateur peut sembler rassurer de voir les principes de la jurisprudence interne et du droit communautaire consacrés par le nouveau code, il reste qu'en matière de travaux ces deux notions – « opération » et « ouvrage » - ne se recoupent pas totalement et restent chacune soumise à interprétation jurisprudentielle²².

4.1.2.2 Les commandes de fournitures

En matière de fournitures, l'art. 27-II organise deux étapes successives pour le calcul des seuils et distingue deux types de *livraison* – unique ou récurrente.

Dans une première étape, il importe d'abord d'identifier, à partir d'une nomenclature uniforme fournie par l'administration²³, des ensembles de *biens homogènes* auxquels seront appliquées des méthodes de calcul différentes selon le mode de livraison. L'arrêté du 13 décembre 2001 précise que « les fournitures ou les prestations homogènes sont des biens ou des services appartenant à une même

¹⁹ CE, Sect., 29 janvier 1982, *Martin*, *Rec. Leb.* p. 44.

²⁰ Directive 93/37/CE travaux : art. 1^{er} c) : « on entend par ouvrage le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

²¹ CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c/France*, précité.

²² Cf. pour un cas d'application topique de la notion d'opération, CE, 8 février 1999, *Syndicat intercommunal des eaux de la Gatine*, n°156333 : est considérée comme un « opération » unique deux marchés, d'un montant de 698.000 et 699.000 F, portant chacun sur les deux mêmes châteaux d'eau, approuvés le même jour, et relatifs pourtant à des travaux, d'une part, d'étanchéité et d'autre part, de peinture.

²³ Arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 13 décembre 2001 *définissant la nomenclature prévue aux II et III de l'article 27 du code des marchés publics*, *J.O.*, 299, 26 Décembre 2001, p. 20608 et Arrêté complémentaire du 24 décembre 2001 *relatif à la nomenclature prévue par l'article 27 du code des marchés publics, applicable à certaines activités de recherche*, *JO*, 1, 1^{er} janvier 2002, p.66.

famille ». Chacune de celle-ci constitue une des positions de cette nomenclature à quatre chiffres. C'est donc le total des biens ou services regroupées dans une même famille qu'il faut comparer au seuil de déclenchement des différentes procédures.

Dans la seconde étape, l'acheteur public doit distinguer selon le mode de livraison. Dans le cas d'une *livraison unique*, le seuil s'applique à la valeur totale de l'ensemble des fournitures homogènes (art. 27 II a).

Pour les *livraisons récurrentes*, s'applique un critère de durée : le seuil s'applique à la valeur des livraisons « correspondant au besoin d'une année ». Le même arrêté du 13 décembre 2001 définit les fournitures ou les services récurrents comme « des fournitures ou des services dont l'acheteur public a un besoin courant et répété, (...) tout au long de son existence ». Dans ce cas, la règle de calcul fixée à l'art. 27 revient, pour l'acheteur, à estimer sa consommation annuelle : soit réelle, soit en moyenne annuelle, si le contrat porte sur plusieurs années.

4.1.2.3 Les commandes de services

En matière de prestation de services, l'art. 27-III invite à un calcul en trois étapes et distingue trois cas selon le mode de *réalisation* de la prestation – unique, récurrent ou continue.

Dans une première étape, et de la même façon que pour les fournitures, la personne responsable du marché devra isoler des ensembles de *prestations homogènes*, grâce à la nomenclature.

C'est à la deuxième étape que l'acheteur devra identifier la nature de la prestation et distinguer selon qu'elle est unique, récurrente ou continue. Les critères de calcul sont en effet différents. Les *prestations continues* sont définies par l'arrêté comme « des prestations de services qui ne peuvent, en principe, pas connaître d'interruption ou de découpage dans le temps ». Elle recouvre, par exemple, l'assurance, le nettoyage ou la maintenance informatique.

Pour ces prestations continues, le seuil est appliqué à la totalité des prestations effectuées sur *la durée totale du marché*.

Dans une troisième étape, pour les seules prestations uniques ou récurrentes et au sein des familles de services homogènes définies grâce à la nomenclature, l'acheteur public devra isoler des « opérations » qui regrouperont toutes les prestations dont le montant total sera alors comparé aux seuils.

La notion *d'opération de services* rejoint celle d'opération de travaux, sans toutefois y être identique. L'arrêté, en se référant à la jurisprudence, la définit comme « un ensemble d'achats de services appartenant à la même famille et qui participe à la réalisation d'un même objectif défini par la personne responsable du marché... » à

partir « d'un besoin qu'elle peut isoler et qui fera l'objet d'une action particulière ... (catégorie particulière d'usagers, prestataires différents de ceux intervenant dans d'autres formations...)... L'opération correspond à un objectif précis et délimité que la personne publique s'est fixé .»

Cette présentation de la méthode de calcul du montant de la commande conduit à deux appréciations paradoxales.

D'un côté, le nouveau code vient aider considérablement l'acheteur public en l'aidant à constituer objectivement des ensembles de commandes auxquels s'appliqueront les seuils. Il existe ainsi un cheminement, à la fois fonctionnel et logique, allant de l'identification des besoins (art. 5) qui se fait notamment par référence à des normes homologuées (art. 6), à la définition des famille homogènes de produits ou de services grâce à la nomenclature, puis à la définition « d'opérations » de travaux ou de services, pour enfin aboutir à la détermination de la procédure légalement applicable grâce par l'application de seuils préétablis. Ainsi résumée, le choix de la procédure de mise en concurrence paraît à la fois claire et rigoureuse.

Cependant, en sens inverse, il faut souligner que ce raisonnement continue de reposer sur des paramètres qui restent, en définitives, *subjectifs*. En particulier pour les commandes de travaux et de services, la notion « d'opération » prêtera toujours à interprétation. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les explications laborieuses que l'arrêté portant nomenclature donne de cette notion.

Pour le praticien, l'influence de la jurisprudence restera donc prépondérante, au moins dans ces deux cas, et la sécurité juridique des transactions, subordonnée à l'intervention du juge.

4.1.3 La confirmation de la mort du METP

Selon une pratique créée par les collectivités locales, le marchés d'entreprises de travaux publics (METP) était un contrat de long terme portant à la fois sur des travaux et sur des services qui ne peuvent faire l'objet d'un paiement direct par l'utilisateur (éclairage public, retraitement de déchets, etc.). Du point de vue financier, il avait l'avantage de permettre l'étalement du coût des infrastructures sur toute la durée du contrat.

En l'assimilant à un marché public, dans lequel les travaux doivent être intégralement payés dès l'achèvement, le Conseil d'État lui avait appliqué un régime qui interdit le paiement différé et avait donc rendu caduque ce montage²⁴.

²⁴ Conseil d'État, 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône contre commune de la Ciotat*.

L'art. 94 du nouveau code des marchés publics confirme l'interdiction du paiement différé, déjà établi par l'ex-art. 396. Surtout, le nouveau code impose que toute opération comportant à la fois « la construction, l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage » fasse l'objet d'autant de lots distincts (art. 10, 5^{ème} alinéa), qui donnent donc lieu à autant d'offres évaluées séparément (art. 10, 4^{ème} alinéa).

Le nouveau code confirme donc sans ambiguïté l'interdiction du METP, tel qu'il était pratiqué dans les décennies 1980 et 1990.

4.2 Le spectre de la pénalisation s'éloigne

Sujet sensible par excellence, l'incursion du droit pénal dans la problématique de la commande publique a considérablement compliqué la tâche des acheteurs publics – élus ou fonctionnaires. Elle a également constitué un obstacle majeur à toute tentative de réforme de la commande publique.

Cette irruption du droit pénal a été à la fois soudaine et considérable, résultant de la création du « délit de favoritisme » par la loi du 3 janvier 1991 *sur la transparence et la régularité des marchés administratifs*. L'art 432-14 du nouveau code pénal établit ainsi une définition à la fois large et formaliste²⁵.

L'influence du délit de « favoritisme » ou « d'octroi d'avantage injustifié » est d'autant plus considérable qu'il s'agit d'un délit non intentionnel. L'intentionnalité est en effet présumée pour tout manquement, de la part d'un professionnel, aux règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics

Une grande partie des dispositions du code a pour but d'organiser méticuleusement des procédures spécifiques de passation des marchés dans le but de garantir la publicité des offres et la sélection objective du fournisseur, afin de faciliter l'accès des candidats et l'objectivité du choix. Le délit de favoritisme peut sanctionner alors, en pratique, une simple méconnaissance des règles de fonds, mais aussi de forme, du code des marchés publics.

²⁵ L'art. 432-14 du code pénal, introduit par l'art. 7 de la loi du 3 janvier 1991 dispose : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public »

La pression qui s'exerçait sur les responsables des marchés publics devrait cependant considérablement s'alléger : *de facto*, avec les nouvelles dispositions du code ; *de jure*, avec l'encadrement législatif des délits non intentionnels.

Au préalable, dans une optique de prévention, le décret du 7 mars 2001 prévoit des dispositions qui devraient réduire le caractère pathologique de la pénalisation.

Ainsi, le titre V accroît les garanties accordées à la « Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public » (MIEM). En sens inverse, le code organise une procédure contradictoire minimum applicable aux enquêtes de la MIEM.

Par ailleurs, le code prévoit les modalités de participation du représentant de la DGCCRF à la procédure de sélection, à travers sa participation avec voix consultative aux Commissions d'appel d'offre. Cette participation est obligatoire pour l'Etat (art. 21), de droit dans les collectivités locales (art. 22-IV et V).

En ce qui concerne le droit des marchés publics proprement dit, certaines exigences de procédure ont d'abord été réduites tandis que le code crée de nouvelles procédures plus souples –notamment la mise en concurrence simplifiée (art. 32) ou les marchés de reconduction qui réapparaissent (art. 35-III-2^o)²⁶.

Ensuite, l'important relèvement du seuil des « marchés sans formalités préalables » conduit en pratique à faire échapper un important volume des marchés publics, en particulier des collectivités locales, aux procédures particulières du code. En outre, l'art. 30 classe dans cette catégorie, *sans limitation de montant*, des opérations qui ont constitué dans le passé des occasions privilégiées de détournement.

Certes, nous avons vu (Partie I, paragraphe 2.4) que les marchés sans formalités préalables restaient soumis aux conditions générales, de forme et de fonds, étendues à l'ensemble des marchés par le nouveau code. Néanmoins, les autorités chargées du contrôle a-priori - contrôleur financier, comptable public mais aussi préfet à travers le contrôle de légalité – éprouveront sans doute les plus grandes difficultés à remplir leurs missions face à des marchés qui peuvent ne donner lieu à aucun écrit, voire ne pas être eux-mêmes écrits.

Pour éviter incertitudes et litiges, on ne peut que conseiller aux acheteurs publics de recourir à un minimum de formalisme – notamment à l'écrit – et de pouvoir justifier d'une mise en concurrence, certes légère, mais réelle – notamment par la production de quelques devis.

²⁶ Pour la phase de répétition des travaux, des livraisons ou des prestations, ces marchés, qui ne sont plus encadrés par aucune règle de fond, peuvent être reconduits avec l'attributaire initial sans remise en concurrence.

En ce qui concerne le droit pénal général, la loi 2000-647 du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels* a modifié l'article 121-3 du code pénal de plusieurs façons.

Adoptée sur une proposition sénatoriale, elle reprenait les principales conclusions du Rapport remis en novembre 1999 par le président de la Section des finances du Conseil d'État, M. Jean Massot.

D'une part, cette loi modifie la définition du délit non intentionnel en ajoutant la faute aux autres comportements délictueux. Ceux-ci sont par ailleurs : l'imprudence, la négligence ou le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par des textes qui sont d'ordre législatif ou réglementaire.

D'autre part, elle attribue clairement à la partie poursuivante, la charge de la preuve de l'absence de diligences normales dont l'accomplissement est susceptible d'exonérer la responsabilité pénale.

Enfin, le nouveau texte établit un régime strict pour les cas où le lien entre la faute et le dommage est indirect. Ce cas suscitait en pratique le plus de difficulté et le plus de crainte devant une utilisation extensive de la responsabilité pénale. Dans le cas d'une responsabilité indirecte, l'infraction n'est constituée que pour une faute qualifiée, que le nouveau texte décrit précisément.

4.3 Un début de prise en compte de l'efficacité économique?

Le lien entre le droit des marchés publics et la concurrence est étroit. Ses procédures très strictes, afin de faire respecter le principe d'égalité, favorisent l'apparition de nouveaux offreurs – par l'interdiction de toute discrimination entre les candidats – et garantissent la loyauté de la concurrence grâce aux méthodes assurant la transparence de l'attribution du marché.

Cette relation se perçoit d'ailleurs clairement dans la stratégie de la Commission européenne. Celle-ci écarte progressivement certaines activités du champ d'application de la directive « secteurs exclus », dès lors que la concurrence sur leur marché y atteint un certain degré de maturité. Tel est le cas pour les télécommunications, que les projets de directives "marchés" publiés le 10 mai 2000 excluent en totalité du champ du droit des marchés publics.

En droit interne, le principe *d'efficacité* de la commande publique est solennellement affirmé (art. 1^{er}) et largement mis en œuvre par le nouveau code des marchés publics. Cependant, comme d'ailleurs le droit communautaire, le nouveau code continue à s'inscrire dans une logique de méfiance plus que dans une logique d'efficacité.

4.3.1 Des dispositifs favorisant l'efficacité économique de la commande publique

Cet impératif d'efficacité est poursuivi d'abord par les principes généraux énoncés à l'article 1^{er} et que doivent respecter *tous* les marchés publics :

- liberté d'accès à la commande ;
- égalité de traitement des candidats ;
- transparence des procédures.

Les modalités imposées par l'ensemble du code pour atteindre l'objectif d'efficacité – mais aussi la protection des deniers publics – sont : la définition préalable des besoins ; les procédures de publicité et de mise en concurrence et le critère de sélection de l'offre qui doit être « économiquement la plus avantageuse ». Cette formule vague, reprise du droit communautaire est explicitée par l'article 53.

En effet, la poursuite de l'efficacité de la commande publique est également mise œuvre par les règles régissant l'évaluation des offres (art. 53). Afin de lutter contre l'habitude, considérée comme mauvaise par les auteurs du décret et par la doctrine, d'attribuer les marchés sur le seul critère du prix – donc au « moins-disant » - le code renvoie clairement le prix au dernier rang des critères de sélection.

L'art. 53 invite à ne pas utiliser de critères préconçus et donne une liste, non exhaustive, de critères dont on comprend qu'ils peuvent se combiner. Certains de ces critères sont objectifs – délai d'exécution ou de livraison, coût d'utilisation, rentabilité et naturellement, prix – d'autres purement subjectifs – les qualités esthétiques et fonctionnelles.

Ces critères sont applicables à l'ensemble des procédures de passation des marchés publics, comme le montre l'inclusion de cette disposition dans le chapitre « Règles générales de passation » (Ch. III du code), et ceci alors même que l'art. 57-II prévoit, dans le cadre de la mise en concurrence simplifiée, une négociation avec « les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes ».

Dans un objectif de transparence, ces critères doivent avoir été portés à la connaissance des candidats, soit par le règlement de consultation, soit dans l'avis public à la concurrence (art. 53-II).

Par ailleurs, le code prévoit un mécanisme de rejet des « *offres anormalement basses* » (art. 55). Les acheteurs publics se plaignent souvent de ce que des candidats proposent des prix irréalistes dans le seul but d'être sélectionnés sur le critère du moins disant. Ils ne sont pourtant pas capables techniquement d'effectuer la prestation, à moins, sitôt le marché conclu, de pousser à la signature d'avenants pour en rééquilibrer l'économie à leur seul profit.

Le code prévoit alors *la faculté d'écarter* ces offres, après une procédure contradictoire entre le candidat et l'organe en charge de la sélection chez l'acheteur public.

Enfin, nous avons vu que le code facilite l'exécution économique et financière des marchés publics, notamment grâce à des dispositions encadrant les délais de paiement (Cf. Partie I, paragraphe 2.8)²⁷.

4.3.2 Des contradictions entre procéduralisation de l'achat public et efficacité économique

Cependant, et le droit interne le démontre, il n'est pas aisé de maintenir la réglementation de l'achat public dans le seul cadre de la poursuite de l'efficacité économique. Le droit des marchés publics poursuit en effet des objectifs multiples – la protection des deniers publics, la transparence et l'efficacité – qui deviennent parfois concurrents. A cet égard, subtilité sémantique, le nouveau code vise *l'efficacité* – capacité à atteindre un but donné – et non *l'efficience* – capacité à atteindre ce but, mais au moindre coût.

Il en est ainsi de nombreux exemples, soit qui tiennent à des procédures particulières, soit, ce qui est plus troublant, qui relèvent de mécanismes qui sont au cœur même du dispositif du code.

²⁷ A cet égard, le décret 2002-231 du 21 février 2002 *relatif au délai maximum de paiement dans les marchés publics* (J.O., 45, 22 Février 2002, p. 3409) a modifié l'art. 96 du code pour prescrire un « délai global de paiement » impératif de 45 jours - 50 jours pour les établissements publics de santé, civils ou militaires. Le décret 2002-232 du 21 février 2002 *relatif à la mise en oeuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics* (JO, 44, 22 février 2002, p. 3409) fixe le point de départ du délai de paiement. Il établit également un délai de droit commun de 15 jours pour que le comptable public procède à la liquidation du paiement lorsque ordonnateur et comptable relèvent de deux personnes morales distinctes.

4.3.2.1 Une réduction de l'éventail des instruments contractuels contraire à l'efficacité économique

Avec la confirmation de l'interdiction du METP (art. 10 et art. 94), le droit français de la commande publique gagne indéniablement en clarté. Il semble même se parer de nouveaux atours moraux, compte tenu des dévoiements auxquels ce type de contrat avait donné lieu. Néanmoins, la rationalité économique y perd substantiellement²⁸.

Le nouveau code interdit un instrument qui, pour avoir autant été utilisé, devait bien satisfaire pour les élus qui le pratiquaient un besoin dont on a peine à croire qu'il n'était que criminel. Le grand nombre d'opérations de ce type réalisées à l'étranger le montre d'ailleurs²⁹. En outre, la théorie économique moderne enseigne – comme le savaient les juristes d'autrefois – que c'est en laissant les agents choisir parmi des instruments contractuels variés que les droits sont le plus rigoureusement définis et l'optimum économique atteint.

De même, l'interdiction des rabais en cas d'offre portant sur un nombre de lots variables (art. 10, 4^{ème} alinéa), renforce la position des PME. Elle ne va néanmoins pas nécessairement dans l'intérêt de l'acheteur public.

Enfin, le conseil de la concurrence a démontré que l'impératif de transparence pouvait parfois s'opposer au respect de la concurrence³⁰.

La transparence de la procédure milite ainsi pour la publication des critères de sélection et de leur hiérarchie, prévue à l'art. 53. De même, les projets de texte communautaires prévoient la publication préalable de la *pondération* de ces critères. Or, cette information donnée par l'acheteur public peut faciliter la constitution et le contrôle des ententes en vue de se répartir les marchés.

4.3.2.2 Des procédures qui peuvent aller à l'encontre de l'efficacité économique

De façon plus gênante, certains éléments placés au cœur du dispositif d'attribution des marchés publics peuvent aller à l'encontre de l'objectif d'efficacité, tandis que l'ensemble du code, mais aussi de la législation communautaire, semblent ignorer que l'efficacité de la commande publique dépend également d'une analyse –

²⁸ P. Cossalter, B. du Marais, « Délégation de service public : la leçon britannique », *Les Echos*, 5 septembre 2001.

²⁹ Le METP semble se rapprocher du schéma anglo-saxon de DBFO (*Design, Build, Finance and Operate*).

³⁰ Cf. certains passages de l'avis du Conseil de la concurrence sur le projet de code : Avis 2000-A25 du 20 novembre 2000.

nécessairement subjective – des caractéristiques économiques de l'offre et du marché sur lesquels elle s'exprime.

D'un point de vue général, nous avons vu que la méthode de calcul des seuils, fixée à l'art. 27, constitue une clarification substantielle du droit des marchés publics. Cependant, son application reste soumise à l'interprétation de la jurisprudence, notamment sur la notion « d'opération ».

Cet aléa ne s'applique pas à des facteurs externes à l'acheteur public, sur lesquels il pourrait lui-même également porter une appréciation variable, voire erronée, mais en toute bonne foi – tels par exemple que la solidité financière du candidat ou la « qualité » de son offre, etc. Cet aléa s'applique au contraire à une décision – qualifier juridiquement un projet « d'opération » – prise par l'acheteur public lui-même.

Dans une certaine mesure, on pourrait soutenir que cette disposition procède d'une allocation rationnelle des risques entre les différents acteurs de la commande publique. Elle respecte en effet un précepte classique : faire peser l'aléa sur l'agent qui est le plus à même de le réduire, notamment parce qu'il est à l'origine de la décision.

Ceci n'est cependant pas vrai puisque l'aléa qui pèse sur la régularité de la qualification juridique d'une « opération » a pour origine un acteur externe à l'acheteur public : le juge administratif.

La procédure établie par l'art. 27 démontre alors clairement que la logique sous-jacente des auteurs du code est, de façon prépondérante, une logique de contrôle de l'acheteur et non une logique d'efficacité. C'est en effet la lutte contre l'intention de « fractionner » qui est le critère le plus important.

Cette même logique prépondérante de contrôle se retrouve plus généralement dans toute l'architecture du texte. Elle suit en cela le droit communautaire, mais aussi la tradition internationale du droit des marchés publics inspirée d'ailleurs par le droit français. Le code organise en effet la distinction entre les procédures selon une combinaison de deux types de *critères purement matériels* :

- nature des besoins qui justifient, dans certains cas, des procédures dérogatoires ;
- montant de la commande, qui entraîne, selon le droit commun du code, l'application automatique d'un type prédéfini de procédure.

Or, de ce point de vue, le droit des marchés publics fait fi de l'enseignement de la théorie économique moderne selon laquelle l'efficacité de l'achat est conditionnée par *des critères de nature économique*³¹ :

- l'asymétrie d'information qui existe entre les candidats eux-mêmes – et donc, plus pratiquement, *l'incertitude* dans laquelle chaque offre se trouve par rapport à la stratégie de ces concurrents et notamment à leur aversion au risque;
- et, ce qui en est un corollaire, la structure du marché, son degré de concentration;
- ainsi que les conditions de la production – qui permettent ou non l'entrée de nouveaux concurrents;
- les coûts de transaction, à la fois pour les offreurs eux-mêmes et pour l'acheteur public.

La mise en œuvre d'un achat public « purement efficace » renverserait totalement la problématique du droit des marchés publics.

En effet, dans ces nouvelles conditions, le pouvoir discrétionnaire des acheteurs publics serait considérablement accru, portant sur l'appréciation de paramètres de nature économique³².

En contrepartie, les modalités de contrôle devraient davantage s'inspirer de l'évaluation, voire du contrôle de gestion, que procéder d'un contrôle de la légalité formelle, voire tatillon, quant il ne prend pas la forme pénale de la vindicte publique.

Mais ceci relèverait d'une véritable révolution Copernicienne...

³¹ Cf. A. Hayri, *A Note on Procurement*, Ronéo, Princeton University, septembre 1993, ainsi que M. Mougeot et F. Naegelen, "Marchés publics et théorie économique: un guide de l'acheteur", *Revue d'Economie Politique*, 107 (1), janvier février 1997, p. 3 à 31.

³² Le code actuel laisse parfois une telle marge de manœuvre discrétionnaire, mais alors sans préciser les éléments de l'appréciation à laquelle doit se livrer l'acheteur public. C'est le cas notamment pour le choix, totalement libre et pourtant lourds de conséquences, entre l'appel d'offres ouvert ou restreint (art. 33).