



LES MARCHÉS PUBLICS SANS PUBLICITÉ NI MISE EN CONCURRENCE

Par Laurent Bonnard, avocat au cabinet Seban & Associés

Comme sous l'empire du Code des marchés publics, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 imposent aux personnes publiques une obligation de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de tout marché public. Il existe cependant plusieurs exceptions qui permettent la conclusion de ces marchés sans procédure de publicité et de mise en concurrence.

■ **Pour passer un marché de faible envergure, doit-on recourir à une mise en concurrence ?**

L'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics n'impose une mise en concurrence que pour les marchés dont le montant est supérieur à 25000 €. Si le marché est inférieur à ce montant, l'acheteur public est donc libre de conclure un contrat de gré à gré. Cependant, il doit veiller à ne pas artificiellement diviser son besoin – en passant plusieurs marchés ayant le même objet – pour éviter d'atteindre ce seuil. En outre, l'acheteur public doit être en mesure de démontrer qu'il a procédé à une « bonne utilisation des deniers publics ». Ainsi, il peut avoir intérêt à faire réaliser plusieurs devis pour démontrer qu'il a choisi une offre pertinente.

■ **Pour conclure un marché public avec une autre personne publique, faut-il respecter une procédure de publicité et de mise en concurrence ?**

La conclusion de marchés publics demeure par principe soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, même lorsqu'ils sont conclus entre des personnes publiques. Toutefois, l'article 18 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics envisage la mise en œuvre de coopération entre plusieurs personnes publiques lorsque trois conditions sont réunies.

En premier lieu, cette « coopération public-public » doit avoir pour objet d'assurer conjointement l'exécution d'une mission de service public. Il n'est pas nécessaire que chaque personne publique participe à l'exécution de la mission d'une manière identique et une division des tâches est possible. En revanche, une personne publique ne saurait se borner à confier une mission à une autre personne publique sans y prendre part. En deuxième lieu, la mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt général. Attention, même si les deux personnes publiques cocontractantes répondent, par le biais de leur coopération, à des

objectifs communs de service public, la condition d'intérêt public exclusif ne sera pas satisfaite si des relations commerciales en découlent, entre les membres de la coopération ou avec des tiers. En troisième et dernier lieu, la coopération doit réaliser moins de 20 % de ses activités sur le marché concurrentiel. En conclusion, la coopération doit être réelle, poursuivre un intérêt général, avoir pour objet l'exécution d'une mission de service public et ne pas exercer plus de 20 % de son activité sur le marché concurrentiel. Tel serait le cas d'un marché destiné à faire face aux conséquences d'une catastrophe naturelle.

Vous souhaitez offrir un nouveau service utile et gratuit à vos clients ?

• DÉJÀ PRÉSENT DANS 3 800 POINTS •
Offre gratuite réservée aux négociants



Proposez-leur les seuls journaux professionnels gratuits de votre secteur et rejoignez notre réseau de 3 800 partenaires-diffuseurs Zepros

Contactez

Catherine Paulic
au 01 49 98 58 45 ou c.paulic@zepros.fr

■ **Lorsqu'une collectivité détient une participation dans une société publique locale (SPL), peut-elle contracter directement avec cette SPL sans procéder à une mise en concurrence ?**

Le principe reste celui d'une mise en concurrence, même si le marché est conclu avec une société contrôlée par la personne publique. Cependant, les SPL ont la particularité d'être contrôlées exclusivement par des personnes publiques. L'article 17 de l'ordonnance marchés publics prévoit donc que certains des contrats conclus avec les SPL échappent aux obligations de publicité et mise en concurrence lorsque deux conditions sont réunies. En premier lieu, la collectivité devra exercer sur la SPL un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Autrement dit, la collectivité devra avoir une influence déterminante sur toutes les décisions essentielles et les objectifs stratégiques de la SPL. L'exception en cause est susceptible de s'appliquer en cas de contrôle commun de la SPL par plusieurs

personnes publiques. Il convient alors de s'assurer que chaque personne exerce un contrôle sur la SPL ou la personne contrôlée. Cela suppose que chaque personne publique détienne une participation dans la SPL et exerce une influence réelle sur celle-ci. A contrario, une simple « affiliation formelle » à un organe commun de la SPL ne saurait caractériser une relation de quasi-régie et l'exception ne trouvera alors pas à s'appliquer. En second lieu, la SPL devra réaliser plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par la collectivité, étant entendu que ce pourcentage est apprécié au regard de son CA.

■ **En cas d'urgence, que faire face à des délais de procédures de passation trop longs ?**

L'urgence ne peut constituer une exonération aux obligations de publicité et mise en concurrence que si elle répond à deux conditions. En premier lieu, l'urgence doit être impérieuse autrement dit incompatible avec les délais exigés par les procédures formalisées.

En second lieu, l'urgence doit résulter de circonstances imprévisibles et ne doit pas être imputable à l'acheteur public. Autrement dit, ce dernier doit pouvoir démontrer qu'il n'était pas en mesure de prévoir l'urgence et qu'elle ne résulte pas de son fait.

■ **En cas de besoin très spécifique et de quasi-absence de concurrence sur le marché, que peut-on faire ?**

L'article 30 du décret marchés publics prévoit deux exceptions susceptibles de permettre à un acheteur public de conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence.

La première hypothèse vise le cas où un seul opérateur est susceptible de répondre aux besoins de l'acheteur public, soit parce qu'il est seul en mesure de répondre à des spécifications techniques, soit parce que cet opérateur dispose de droits d'exclusivité. Dans ce cas, l'acheteur public pourra conclure le marché sans publicité ni mise en concurrence. Cependant, cette dérogation est peu admise

par la jurisprudence administrative. Elle ne doit pas être utilisée en opportunité. Ainsi, l'acheteur public devra pouvoir démontrer que l'opérateur économique retenu est véritablement l'unique prestataire en mesure de satisfaire ses besoins. En matière de droit d'exclusivité, l'acheteur devra ainsi justifier que son besoin ne peut être satisfait que par la prestation protégée par le droit d'exclusivité en question à l'exception de tout autre moyen.

La seconde hypothèse vise le cas où quelques opérateurs seulement peuvent satisfaire le besoin de l'acheteur : cas du marché faiblement concurrentiel. L'article 30 du décret marchés publics prévoit que l'acheteur public peut conclure un marché sans publicité ni mise

en concurrence lorsque le montant du marché est inférieur aux seuils européens de mise en concurrence. L'acheteur public devra prouver que la mise en concurrence était soit impossible, soit inutile au regard du très faible degré de concurrence dans le marché considéré. À nouveau, cette exception n'est admise que très rarement par le juge. Par exemple, cette exception a pu être admise par le juge s'agissant d'un marché public lancé par le département du Rhône et qui portait sur l'achat de billets au seul club Olympique lyonnais à destination de collégiens et de jeunes en difficulté, compte tenu de l'intérêt suscité par ce club auprès des populations concernées du département (CE, 28 janvier 2013, département du Rhône, n° 356670). ●

Le besoin de circonstances particulières

Il existe plusieurs hypothèses qui permettent de conclure un marché public sans publicité ni mise en concurrence (lire ci-avant les principales). D'autres hypothèses, plus confidentielles (achat d'œuvres d'art, achat de livres non scolaires, etc.), existent également. Mais, quelle que soit l'hypothèse, l'acheteur public doit pouvoir justifier que ce recours était justifié par des circonstances particulières, et non par une quelconque volonté de contourner les règles de la commande publique.

CONGÉ DE PATERNITÉ ET D'ACCUEIL DE L'ENFANT

Dernières évolutions pour les agents publics



Les *Informations administratives et juridiques (IAJ)*, une revue mensuelle de veille, présentant des articles d'actualité et des dossiers de fond sur le statut de la fonction publique territoriale.

Les derniers numéros de la revue IAJ

Oct. Commissions consultatives paritaires ; compétences et fonctionnement

Sept. La mutation interne

Août Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant

Juil. Position de disponibilité : cas d'octroi et situation du fonctionnaire

Juin Le référent déontologue dans la FPT : conseiller sans contrôler

Mai Compte personnel d'activité, formation, santé et sécurité au travail dans la fonction publique : ordonnance du 19 janvier et décret du 6 mai 2017

Avril Poursuite du PPCR : filières technique, police municipale et sapeurs-pompiers professionnels

Mars Mise en œuvre de la loi « déontologie » : nouvelles obligations déclaratives, départ vers le secteur privé et cumul d'activités

Tarifs 2017-2018

Prix au numéro : papier 19,90 €, numérique 15,20 €

Abonnement annuel : papier 188 €, numérique 141 €

Vente au n° Librairies et www.ladocumentationfrancaise.fr

Abonnement EDIIS-CRM, Abonnements DILA, 60643 Chantilly cedex ou abo.dila@ediis.fr

