

# “ Le nouveau code des marchés publics vise à *simplifier* la vie des élus ”

Le nouveau Code des marchés publics, adopté par décret du 7 janvier 2004 est entré en vigueur le 10 janvier dernier. Voici quelques unes de ces caractéristiques essentielles pour la commande publique des collectivités d'outre-mer

## 1

**Dans ce domaine des marchés généraux**, le Code ne révolutionne pas le droit des marchés publics. Il entend cependant apporter d'une part plus de souplesse, et d'autre part plus de transparences aux règles générales déjà applicables.

Désormais en effet, *les marchés de fournitures et de services* ne sont soumis aux procédures classiques de l'appel d'offres que lorsque le montant atteint **230 000 euros**, ce qui rend leur passation plus souple. Ce rehaussement est également applicable aux marchés de travaux, et pour ces derniers, le nouveau code est encore plus souple puisque non seulement le seuil a été relevé mais de plus, la collectivité a dorénavant le choix, pour un marché dont le montant serait compris entre 230 000 euros et

5.900 000 euros (au-delà, la procédure reste celle de l'appel d'offre), d'opter soit pour les procédures d'appel d'offres traditionnelles ou de négociation avec publicité et mise en concurrence, soit pour une nouvelle procédure, dite de "dialogue compétitif". Il faut néanmoins être vigilant dans la mise en œuvre de ce dialogue. En effet, il convient de souligner que celui-ci est exclu lorsque, dans le cadre d'un marché de travaux, la collectivité envisage de déléguer la maîtrise d'ouvrage d'un projet. De plus, dans les autres cas, ce dialogue ne peut intervenir que lorsque la collectivité n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ou quand elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. La personne publique définit alors un programme fonctionnel qui comporte des résultats vérifiables à atteindre ou qui précise les besoins à satisfaire. Le candidat est invité à formuler une proposition dans ce cadre et le dialogue se poursuit



## 2

jusqu'à ce que la personne responsable soit en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre aux besoins définis dans le marché. Néanmoins, le code exige que les candidats soient entendus dans une stricte égalité, et pour cause. Une fois les besoins définis de concert avec les candidats, ceux-ci déposent alors une offre analysées selon la procédure traditionnelle.

Aussi, le dialogue compétitif vise-t-il à aider la collectivité à mieux définir ses besoins sans pour autant nuire au principe du libre choix final grâce à la mise en concurrence finale.

Le nouveau code crée une procédure de passation "adaptée" pour tous les marchés dont le montant est inférieur à 230.000 € HT, qui amène une transparence accrue. Elle est définie comme étant une procédure de publicité et de mise en concurrence dont les modalités sont déterminées par la personne responsable du marché en fonction de son objet et de ses caractéristiques. En revanche, ces marchés restent soumis à toutes les autres dispositions du Code des marchés (détermination des besoins, exécution...). Mais la grande innovation du nouveau Code consiste dans l'introduction d'obligations de publicité pour tous les marchés, dès le premier Euro. En effet, pour tous les marchés dont le montant est inférieur à 90.000 € HT, des mesures de publicité sont obligatoires. Elles sont certes libres, mais elles doivent être toujours suffisantes pour permettre une mise en concurrence effective.

Cette obligation pose deux problèmes : le premier concerne les marchés à faibles montants, c'est-à-dire ceux qui se situeraient en dessous d'un seuil de 10.000 ou 15.000 € HT. En effet, pour ces petits marchés "se en concurrence effective risque d'être compliquée et source de contentieux.

Le second problème concerne la nature des mesures de publicité adéquates. En effet, aucun texte ne précise ce qu'est une publicité suffisante pour permettre une concurrence effective. C'est à la personne responsable du marché qu'il revient d'apprécier, au cas par cas, en fonction des marchés, l'étendue et la nature des mesures de publicité à mettre en oeuvre.

A défaut d'une auto-responsabilité de la collectivité, c'est au juge qu'il appartiendra dans le cadre de litiges, d'apprécier au cas par cas le caractère suffisant ou non de la publicité, et en particulier de certains modes de publicité qui pourraient s'avérer très intéressants pour les collectivités comme la publicité sur site internet.

Les collectivités pourraient utilement se prémunir contre d'éventuels manquements aux obligations de publicité par l'établissement de protocoles de mise en oeuvre des mesures de publicité à raison des différents types de marchés qu'elle est amenée à passer.

**Dans le domaine des mandats**, le Conseil d'Etat avait annulé en mars 2003 l'article 3-7° de l'ancien Code des marchés publics qui excluait les contrats de mandat de son champ d'application. Cette annulation contentieuse a posé de sérieuses difficultés de sécurité juridique pour les contrats de mandats passés entre l'entrée en vigueur de l'article 3-7° et mars 2003.

Aussi, par le truchement d'un cavalier, en l'occurrence l'article 77 de la loi portant diverses dispositions relatives à l'urbanisme, à l'habitat et à la construction du 5 juin 2003 (loi dite urbanisme et habitat) le législateur avait prévu que "sous réserve de toute décision passée en force de chose jugée, les contrats de mandat conclu avant le 6 mars 2003 sont réputés valides nonobstant l'irrégularité dont ils pourraient être entachés du fait de l'annulation des dispositions du 7° de l'article 3 du Code des marchés publics".

Cette validation législative a permis de mettre fin à l'insécurité juridique qui pesait sur ces contrats. Et depuis le 6 mars 2003, la passation des contrats de mandats était soumise au respect du Code des marchés publics.

Le nouveau code n'a pas souhaité augmenter la confusion et a repris à son compte la décision du Conseil d'Etat de mars 2003. Cela ne manquera pas d'avoir certaines répercussions, en particulier en ce qui concerne l'application 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, dite loi MOP.

Il semble en effet que ces contrats de mandat, jusqu'ici exempt de l'application du Code des marchés publics, devront s'y soumettre, ce qui n'ira pas sans poser de difficultés. En effet, il faudra non seulement mettre en concurrence le mandataire, mais également normalement le maître d'oeuvre, ce qui, outre l'allongement des délais de passation des contrats, risque de multiplier là encore les risques contentieux.

## 3

**Dans le domaine des marchés publics in house**, à l'inverse des contrats de mandats, les prestations dites in house, ou inter institutionnelles ont été exemptées des règles de concurrence par la Cour de Justice des Communautés européennes dans un arrêt de 1999.

Mais comme pour l'arrêt du Conseil d'Etat, cette jurisprudence a été reprise dans le nouveau Code en



son article 3-1°. Ainsi, le Code ne s'applique pas aux "contrats conclus (...) avec un cocontractant sur lequel (la personne publique) exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elles, à condition que ce cocontractant applique pour répondre à ses besoins propres les règles de passation des marchés publics prévues par le Code".

A ce titre, les marchés passés entre une commune et un EPCI (communautés de communes, communautés d'agglomération, très dynamiques outre-mer, comme en témoigne la création de la conférence des présidents et vice présidents des communautés de commune et communauté d'agglomération d'outre-mer) dont elle est membre peuvent ainsi éventuellement être considérés comme des marchés inter-institutionnels.

En revanche, les marchés passés entre une collectivité et un établissement public ou une SEML peuvent-ils être considérés comme des marchés inter-institutionnels, ou bien doivent-ils respecter les prescriptions du Code des marchés publics? Aucune disposition n'interdit qu'un contrat passé entre une collectivité et un de ses établissements publics puisse être considéré comme contrat in house, si les conditions prévues à l'article 3 du Code sont remplies.

Enfin, le contrat passé entre une SEML et la personne publique qui en est le principal actionnaire peut également être considéré comme contrat in house dès lors que les conditions précitées sont remplies.

4

**Dans le domaine des sociétés d'économie mixte locales**, très dynamique outre-mer, du fait que les contrats que les SEML passent, en tant que sociétés de droit privé, ne sont pas soumis au Code des marchés publics, le nouveau code prévoit une exception, qui existe en réalité depuis l'article 4 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 "MOP" : si la SEML agit en tant que mandataire de la collectivité, les marchés qu'elle sera amenée à passer au nom de la collectivité, devront être conformes aux dispositions du Code des marchés publics.

De même qu'une SEML peut par ailleurs être tenue de respecter les prescriptions de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991, en tant qu'organisme adjudicateur, si les conditions sont remplies, ou bien celles de l'article 48-I de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 dite "loi Sapin".

Bien maîtrisées, les dispositions du nouveau code des marchés publics ne peuvent donc qu'être un outil supplémentaire pour un développement accru de l'Outre-Mer.

**Thomas DUMONT,**  
avocat au barreau de Paris,  
[cabinet.dumont@free.fr](mailto:cabinet.dumont@free.fr)



**Les indispensables**

Décret n° 2004-15 et instruction d'application, JORF 8 janvier 2004

<http://www.colloc.minefi.gouv.fr>

Le ministère de l'économie et des finances a mis en place une importante rubrique sur les marchés publics, accessible dès la page d'accueil.

<http://carrefourlocal.org>  
Taper "marché public" dans le moteur de recherche

