

Droit des contrats publics
JM2ADX92
Bertrand du MARAIS et Sandrine PERROTET
Fiches de TD 2012

Séance 5 : Les marchés publics

THEMES

- Détermination de l'objet, du titulaire et du prix dans les marchés publics.
- Les procédures de passation des marchés publics (appel d'offres, MAPA, procédures négociées, dialogue compétitif).
- Les marchés publics et le droit de l'Union européenne.
- Réception des travaux et garanties.
- Les critères sociaux de sélection des offres.
-

DOCUMENTS

Document 1 : Décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics.....	2
Document 2 : CE, Sect., 6 novembre 2009, <i>Société Prest'action</i> , n° 297877.	3
Document 3 : CE, Ass., 4 novembre 2005, <i>Sté Jean-Claude Decaux</i> , Rec. 477, concl. Casas.	5
Document 4 : CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres, BJDCP 2005, n°40, p. 187, concl. Casas.	6
Document 5 : CE, 10 février 2010, <i>Perez</i> , n°329100.....	12
Document 6 : CE, Sect., 9 juillet 2007, <i>Syndicat EGF-BTP et autres</i> , DJDCP 2007, p. 366..	13

A consulter (site internet legifrance et europa/eur-lex) :

- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF.
- Code des marchés publics.
- Directives 93/36 et 2004/18.
- Règlement n°1251/2011 du 30 novembre 2011 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE, 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés.
- Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.
- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

EXPOSES

- L'offre économiquement la plus avantageuse.
- Les apports du décret du 2011-1000 du 25 août 2011.

ARRETS A COMMENTER

CE, 10 février 2010, *Perez*, n°329100.

CE, Sect., 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, DJDCP 2007, p. 366.

Document 1 : Décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics.

Article 1

□ Le code des marchés publics est modifié conformément aux dispositions des articles 2 à 8 du présent décret.

Article 2

□ Au premier alinéa de l'article 11, la somme de 20 000 euros HT est remplacée par la somme de 15 000 euros HT.

Article 3

□ L'article 28 est ainsi modifié : □ 1° Au début du premier alinéa, le chiffre : « I » est inséré ; □ 2° Le cinquième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes : □ « II. — Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 35 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. » ; □ 3° Il est ajouté un III ainsi rédigé : □ « III. — Le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin. »

Article 4

□ Les articles 40 et 212 sont ainsi modifiés : □ 1° Au I des articles 40 et 212, les mots : « au cinquième alinéa de » sont remplacés par les mots : « aux II et III de » ; □ 2° Aux I et II des articles 40 et 212, la somme de 4 000 euros HT est remplacée par la somme de 15 000 euros HT.

Article 5

□ Au premier alinéa des articles 81 et 254, la somme de 20 000 euros HT est remplacée par la somme de 15 000 euros HT.

Article 6

□ A l'article 141, après les mots : « "pouvoir adjudicateur" », sont insérés les mots : « et de la somme : "20 000 euros HT" à la somme : "15 000 euros HT" ».

Article 7

□ A l'article 171, après les mots : « "prévu au 1° du II de l'article 35" », sont insérés les mots : « et de la somme : "20 000 euros HT" à la somme : "15 000 euros HT" ».

Article 8

□ L'article 203 est ainsi modifié : □ 1° Au début du premier alinéa, le chiffre : « I » est inséré ; □ 2° Le cinquième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes : □ « II. — Il peut être décidé que le marché sera passé sans publicité préalable dans la situation décrite au I de l'article 208, ou sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 208 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. » ; □ 3° Il est ajouté un III ainsi rédigé : □ « III. — La personne soumise à la présente partie peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'elle fait usage de cette faculté, elle veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin. »

Article 9

□ Les dispositions du présent décret ne sont pas applicables aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret.

Document 2 : CE, Sect., 6 novembre 2009, Société Prest'action, n° 297877.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un marché conclu en 1999 avec la commune de Rouen, la SOCIETE PREST'ACTION s'était engagée à commercialiser auprès des annonceurs des encarts publicitaires dans certaines publications d'information municipale ; qu'en exécution de ce marché, la société était chargée de la prospection des annonceurs, procédait à la facturation des espaces publicitaires et préparait la mise en page des publicités à insérer dans les publications ; que la société se rémunérait en conservant une partie des recettes issues de la vente des encarts publicitaires auprès des annonceurs, l'autre partie devant être versée à la ville, à charge toutefois pour la société de verser à celle-ci une somme annuelle minimale fixée à 650 000 francs (99 091,86 euros) pour la première année ; qu'à l'issue de cette première année la SOCIETE PREST'ACTION n'avait versé à la ville qu'une somme de 282 083,74 francs (43 003,39 euros) ; qu'en conséquence, le maire de Rouen a, le 13 février 2001, émis un titre exécutoire d'un montant de 302 155,38 francs (46 063,29 euros) à l'encontre de la SOCIETE PREST'ACTION ; que par un arrêt du 3 août 2006, la cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 1er juillet 2004 par lequel le tribunal administratif de Rouen, après avoir réduit de 40 760,86 francs (6 213,95 euros) le montant du titre de recettes émis à son encontre, a rejeté le surplus des conclusions de sa demande tendant, d'une part, à l'annulation du titre exécutoire et, d'autre part, à la condamnation de la ville de Rouen à lui verser la somme de 279 519 francs (42 612,40 euros) en réparation du préjudice que lui aurait causé son comportement dans l'exécution du marché de régie publicitaire ; que la société se pourvoit en cassation contre cet arrêt ; qu'eu égard aux moyens soulevés par ce pourvoi, la société doit être regardée comme sollicitant l'annulation de l'arrêt en tant seulement qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du titre exécutoire ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales : Le comptable de la commune est chargé, seul et sous sa responsabilité, d'exécuter les recettes et les dépenses, de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés ; qu'aux termes de l'article 11 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique : Les comptables publics sont seuls chargés : / De la prise en charge et du recouvrement des ordres de recettes qui leur sont remis par les ordonnateurs, des créances constatées par un contrat, un titre de propriété ou autre titre dont ils assurent la conservation ainsi que de l'encaissement des droits au comptant et des recettes de toute nature que les organismes publics sont habilités à recevoir ; / Du paiement des dépenses soit sur ordres émanant des ordonnateurs accrédités, soit au vu des titres présentés par les créanciers, soit de leur propre initiative, ainsi que de la suite à donner aux oppositions et autres significations ; / De la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux organismes publics ; / Du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités ; / De la conservation des pièces justificatives des opérations et des documents de comptabilité ; / De la tenue de la comptabilité du poste comptable qu'ils dirigent. ; que si le troisième alinéa de l'article 14 du même décret prévoit que les comptables publics peuvent déléguer leurs pouvoirs à un ou plusieurs mandataires ayant la qualité pour agir en leur nom et sous leur responsabilité, cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'aux fondés de pouvoir, aux autres agents relevant des services de la comptabilité publique et aux huissiers de justice en matière de recouvrement désignés par les comptables publics ; que de même, si l'article 18 de ce décret dispose que des régisseurs peuvent être chargés pour le compte des comptables publics d'opérations d'encaissement ou de paiement, le mandataire d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, qui n'est pas le préposé du comptable, ne peut être qualifié de régisseur s'il

n'est pas nommé dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; qu'ainsi, et sauf dans les cas où la loi autorise l'intervention d'un mandataire, il résulte des dispositions qui précèdent que, sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article 14 et de l'article 18 du décret précité, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques ; qu'en outre, en vertu du principe d'universalité qui régit les finances publiques, des recettes publiques ne peuvent servir à compenser une somme due par l'administration et doivent être intégralement reversées au comptable public ;

Considérant qu'il résulte de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Douai que celle-ci a admis implicitement mais nécessairement que les recettes perçues par la SOCIETE PREST'ACTION, auprès des annonceurs, à l'occasion de la commercialisation d'espaces publicitaires dans les bulletins municipaux d'information, présentaient le caractère de recettes publiques ; que si, en vertu de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières du marché, la SOCIETE PREST'ACTION était redevable envers l'entité publique, éditrice, d'un état trimestriel à produire comportant les tarifs publicitaires pratiqués par elle et les conditions de vente appliquées aux annonceurs, il ressort des mêmes pièces et n'est d'ailleurs pas contesté qu'elle ne pouvait être regardée comme un mandataire au sens du troisième alinéa de l'article 14 du décret précité et n'avait pas été nommée régisseur, au sens de l'article 18 du même décret, dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; que, dès lors, en l'absence d'une loi autorisant l'intervention d'un mandataire, et en dépit du contrôle que le comptable public était à même d'exercer, la cour administrative d'appel de Douai, ayant admis que les recettes perçues par la SOCIETE PREST'ACTION auprès des annonceurs à l'occasion de la commercialisation d'espaces publicitaires dans les bulletins municipaux d'information présentaient le caractère de recettes publiques, a entaché son arrêt d'une erreur de droit en jugeant que la ville de Rouen avait pu, par le contrat en cause, habilitier le titulaire du marché à percevoir des recettes publiques et que, par suite, ce contrat ne méconnaissait pas les dispositions précitées du décret du 29 décembre 1962 et les règles de la comptabilité publique ; qu'il en résulte que la SOCIETE PREST'ACTION est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du titre exécutoire ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler dans cette mesure l'affaire au fond, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le contrat, qui attribuait à la SOCIETE PREST'ACTION la prospection publicitaire pour les journaux municipaux, la facturation des annonces et la préparation de la mise en page des publicités à insérer dans les publications, la ville conservant l'entière maîtrise de l'organisation et de la gestion de son bulletin municipal, ne lui confiait pas ce faisant l'exécution même d'un service public, nonobstant la circonstance que l'activité de la société pouvait constituer une source de financement pour le service public de l'information municipale ; qu'ainsi, la SOCIETE PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que la commune de Rouen aurait entaché d'irrégularité la procédure de passation du contrat litigieux faute d'avoir respecté les règles de procédure applicables à la passation des délégations de service public ;

Considérant, en deuxième lieu, que le contrat conclu par la SOCIETE PREST'ACTION ne lui confiait pas le recouvrement de sommes dues par des tiers en contrepartie de biens ou services fournis par la commune de Rouen, mais la chargeait, ainsi qu'il a été dit, de la prospection des annonceurs, de la préparation de la mise en page des encarts publicitaires et de leur facturation aux annonceurs ; que les recettes ainsi perçues auprès des annonceurs lors de la vente des encarts publicitaires, constitutives des recettes commerciales de la société requérante dans le cadre de ce marché de services, ne pouvaient être qualifiées de recettes publiques au sens des dispositions précitées du décret du 29 décembre 1962, seules revêtant une telle nature les sommes ensuite versées à la commune en vertu du contrat, fixées en l'espèce en fonction d'un pourcentage des recettes commerciales de la société avec un montant

minimal garanti ; que, par suite, la SOCIETE PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que son contrat lui confiait la perception de recettes publiques en méconnaissance des dispositions de ce décret et des règles de la comptabilité publique ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des stipulations de l'article 7 du cahier des clauses administratives particulières du marché dont il s'agit que ce cahier constitue lui-même le document qu'il convient prioritairement d'analyser pour connaître la nature des engagements pris par les contractants ; qu'en vertu de l'article 5-3 de cette pièce contractuelle, le titulaire du marché garanti à l'entité publique une recette minimale fixée par lui dans l'acte d'engagement, la recette proposée par le titulaire devant être égale ou supérieure au minimum garanti imposé par la commune, soit pour la première année 250 000 francs (38 112,25 euros) ; que, dans l'acte d'engagement, la société requérante a fixé à 650 000 francs (99 091,86 euros) le montant de la recette minimale à verser pour la première année à la commune de Rouen ; qu'il est constant que la SOCIETE PREST'ACTION n'a versé à la collectivité qu'une somme de 282 083,74 francs (43 003,39 euros) au titre de la première année d'exécution du marché ; que par suite, en émettant à l'encontre de la société requérante un titre exécutoire d'un montant de 302 155,38 francs (46 063,29 euros), la commune de Rouen n'a fait qu'exécuter les conditions financières du marché ;

Considérant enfin, que la SOCIETE PREST'ACTION fait valoir que la commune de Rouen ne lui a remis, au cours de l'exécution du contrat, ni de lettre accreditive susceptible d'être présentée aux annonceurs démarchés, ni de listes de partenaires avec lesquelles la collectivité avait des relations professionnelles étroites ; que toutefois, aucune stipulation du contrat ne mettait à la charge de la collectivité de telles obligations ; que la société n'a d'ailleurs jamais, avant la décision de la commune de Rouen d'émettre le titre exécutoire litigieux, demandé à la collectivité de lui transmettre de tels documents ; que par suite, la SOCIETE PREST'ACTION ne peut valablement faire état d'un comportement fautif de la commune dans l'exécution du contrat, tenant à l'absence de remise des documents évoqués ci-dessus, pour s'exonérer de sa propre obligation contractuelle de verser à cette dernière un montant minimal de recettes ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort, que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rouen a rejeté les conclusions de sa demande dirigées contre le titre exécutoire émis à son encontre par la commune de Rouen ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SOCIETE PREST'ACTION une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés devant la cour administrative d'appel de Douai et le Conseil d'Etat par la commune de Rouen et non compris dans les dépens ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font, en revanche, obstacle à ce que la somme demandée à ce titre par la SOCIETE PREST'ACTION soit mise à la charge de la commune de Rouen ;

Document 3 : CE, Ass., 4 novembre 2005, *Sté Jean-Claude Decaux*, Rec. 477, concl. Casas.

Considérant que la commune de Clichy-sous-Bois et la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ont conclu une convention le 15 juin 1966 portant sur la fourniture, l'installation et l'entretien sur le domaine public de la commune d'éléments de mobilier urbain ; que par un avenant n° 2, les parties ont prévu le remplacement du mobilier existant et la réalisation de nouvelles prestations et ont porté la durée totale du contrat à 45 ans ; que le préfet de la Seine-Saint-Denis a déféré au tribunal administratif de Paris la délibération en date du 28 juin 1996 par laquelle le conseil municipal de Clichy-sous-Bois a autorisé le maire de la commune à signer cet avenant n° 2 ainsi que l'avenant signé par le maire le 28 juin 1996 ; que, par un jugement en date du 8 juillet 1997, le tribunal administratif de Paris a annulé la décision et l'avenant attaqués ; que, par un arrêt en date du 26 mars 2002, la cour

administrative d'appel de Paris a confirmé ce jugement ; que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

(...)

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

Considérant que pour être qualifié de marché public un contrat doit avoir été conclu à titre onéreux par une personne publique en vue d'acquérir des biens, travaux, ou services dont elle a besoin ;

Considérant, en premier lieu, que la cour a souverainement constaté, ce que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ne saurait utilement contester devant le juge de cassation, que l'objet du contrat litigieux était, outre d'autoriser l'occupation du domaine public, de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service à la commune de Clichy-sous-Bois, en matière d'information municipale, de propreté et de protection des usagers des transports publics contre les intempéries ; qu'elle a pu en déduire, sans erreur de droit, que l'objet du contrat ainsi conclu entraînait dans le champ d'application du code des marchés publics ; que pour parvenir à cette conclusion, la cour n'avait pas à rechercher si la fourniture de prestations de service constituait un élément accessoire ou principal de l'objet de ce contrat ; que si elle s'est en outre fondée, pour exclure le caractère de concession domaniale du contrat, sur l'absence supposée de précarité du contrat, ce motif était surabondant ; que le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait ainsi commise la cour ne peut dès lors être utilement invoqué par la société requérante ;

Considérant, en second lieu, qu'il résulte des constatations souveraines opérées par le juge du fond qu'en application de la convention signée entre la commune de Clichy-sous-Bois et la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX, il appartenait à cette dernière de fournir, d'installer et d'assurer l'entretien d'abribus publicitaires comportant un banc et de mobiliers urbains publicitaires permettant l'affichage de plans ou d'informations municipales ; que ces mobiliers urbains étaient destinés à répondre aux besoins de la commune en matière d'information de ses habitants et de protection des usagers des transports en commun ; qu'en contrepartie des prestations ainsi assurées par la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX, la commune l'a autorisée à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonérée de redevance pour occupation du domaine public ; que la cour a pu juger, sans commettre d'erreur de droit, que l'autorisation et l'exonération ainsi accordées constituaient des avantages consentis à titre onéreux par la commune en contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité ; que la cour, en admettant ce caractère onéreux, n'a pas méconnu le principe de la liberté de l'industrie et du commerce qui n'interdisait pas à la commune de valoriser son domaine public ; qu'enfin, par un motif non contesté, la cour a jugé que le contrat n'était pas une délégation de service public faute notamment de prise en charge effective d'un service public par la société contractante ; qu'ainsi, la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ne peut utilement invoquer à l'encontre de l'arrêt de la cour le moyen tiré de ce qu'une part substantielle de sa rémunération proviendrait des recettes de son activité publicitaire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

Document 4 : CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres, BJDCEP 2005, n°40, p. 187, concl. Casas.

(...) Sur le moyen tiré de l'incompétence du Premier ministre pour édicter des règles pour les marchés des collectivités locales :

Considérant qu'aux termes de l'article unique de la loi du 5 octobre 1938 : Le gouvernement est autorisé, jusqu'au 15 novembre 1938, à prendre, par décrets délibérés et approuvés en conseil des

ministres, les mesures destinées à réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays. Ces décrets, qui auront force de loi, seront soumis à la ratification des Chambres avant le 1er janvier 1939 ; qu'aux termes de l'article 1er du décret du 12 novembre 1938, pris sur le fondement de cette habilitation et avant sa date d'expiration : Les dispositions des textes législatifs et réglementaires relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des finances, et sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'Etat, des départements et des communes ; que, par ce décret, le gouvernement a pu légalement renvoyer à des règlements d'administration publique à intervenir, y compris après la date d'expiration de l'habilitation qu'il tenait de cette loi, le soin d'édicter les mesures d'application de la règle, fixée par lui en vertu de cette habilitation, d'extension aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, des dispositions applicables aux marchés de l'Etat ; que, par suite, le Premier ministre tenait des dispositions du décret du 12 novembre 1938, qui n'a été légalement abrogé ni par le décret du 28 novembre 1966 ni par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, compétence pour étendre aux collectivités locales, y compris les régions et les établissements publics de coopération intercommunale, les règles nouvelles qu'il édictait pour les marchés publics de l'Etat ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 3-5 ° du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 3 du code annexé au décret attaqué : Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : (...) 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 fournis par les banques centrales ;

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI ; qu'en vertu du point 6 de l'annexe I A, sont soumis à ces dispositions les services financiers dont les services bancaires, à l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services exercés par des banques centrales ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que peut ne pas être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés portant sur l'émission, l'achat, la vente et le transfert d'instruments financiers qui, prenant ou non la forme d'un titre, sont négociables sur un marché financier ; qu'en revanche les contrats par lesquels une des personnes mentionnées à l'article 2 du code a recours à un emprunt ou se fait ouvrir une ligne de trésorerie auprès d'un établissement financier, ne sont pas négociables sur un tel marché et n'entrent dès lors pas dans le champ de l'exception définie par les dispositions précitées de la directive ; que, par suite, ces contrats, lorsque leur montant égale ou dépasse le seuil fixé par l'article 7 de cette même directive, sont soumis pour leur passation aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle édicte ; que, par ailleurs, le ministre ne saurait utilement invoquer les dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui n'était pas en vigueur à la date de publication du décret attaqué ; qu'ainsi, le 5° de l'article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, soustraire lesdits contrats à l'application des dispositions du code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS est fondée à demander l'annulation de l'article 3 du code annexé au décret attaqué en tant que, dans son 5°, il comporte les mots : des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 10 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code annexé au décret attaqué : Des travaux, des fournitures ou des prestations de services peuvent donner lieu à un marché unique ou à un marché alloti. Dans le cas où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est possible de signer avec ce titulaire un seul marché regroupant tous ces lots./ La personne responsable du marché choisit entre ces deux modalités en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques qu'elles procurent./ Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus./ Pour les marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, si l'acheteur public choisit de recourir à un marché alloti, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé. S'il choisit de recourir à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction ;

Considérant, d'une part, que les dispositions du quatrième alinéa de cet article, en tant qu'elles autorisent l'acheteur public à recourir à un marché global pour des marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'en outre les petites et moyennes entreprises peuvent toujours, en application de l'article 51, se grouper pour présenter une candidature ou une offre communes pour un marché ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte à l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique ne peut qu'être écarté ;

Considérant, d'autre part, que si le quatrième alinéa de l'article 10 du code des marchés publics relatif aux marchés ayant pour objet, d'une part, la construction, et, d'autre part, l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage permet aux acheteurs publics de recourir à la formule du marché global, ce qui suppose en effet que ces différentes prestations puissent être confiées à un même cocontractant, il résulte des mêmes dispositions qu'il demeure possible à l'acheteur public de recourir, pour ces marchés, à la formule de l'allotissement ; qu'ainsi, les dispositions du 4ème alinéa de l'article 10 qui ne généralisent pas la dérogation qui est faite à la règle faisant obligation de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ne méconnaissent pas les exigences inhérentes à l'égalité d'accès la commande publique ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION tendant à l'annulation de cet article doivent être rejetées ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 15 :

Considérant qu'aux termes de l'article 15 du code annexé au décret attaqué : Sans préjudice des dispositions des articles 35, 68 et 71 définissant la durée maximale pour certains marchés, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. / Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise. / Le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché. Il est fixé en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. La personne responsable du marché prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché ne peut refuser sa reconduction sauf stipulation contraire dans le marché. ;

Considérant en premier lieu qu'il résulte de ces dispositions que la durée d'un marché doit être fixée compte tenu de la nature des prestations, et que la passation d'un marché prévoyant une ou plusieurs reconductions n'est possible que si la mise en concurrence a porté sur la durée totale d'exécution du

marché, si ses caractéristiques restent inchangées et si le nombre de reconductions a été indiqué dans le marché initial ; qu'ainsi, en décidant de ne pas reconduire un marché après l'une des dates fixées par les stipulations du contrat, la personne responsable du marché met fin à son exécution avant le terme de la période totale d'exécution ; qu'en revanche, lorsqu'elle reconduit ce marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître, contrairement à ce que soutient l'association requérante, un nouveau marché par application d'une clause de reconduction ; que, par suite, les moyens tirés de ce que la passation de ce prétendu nouveau contrat porterait atteinte à la liberté de consentement du contractant de l'administration et méconnaîtrait les obligations de publicité qui découlent des règles du droit communautaire sont inopérants ;

Considérant en deuxième lieu qu'il résulte des termes mêmes de l'article 15 que la durée totale du marché ainsi que le nombre de reconductions doivent être arrêtés, avant le lancement de la procédure de consultation, en fonction de la nature des prestations à fournir ; que ces prestations doivent rester inchangées pendant la durée d'exécution du marché ; qu'ainsi le respect de ces exigences impose au préalable la détermination par la personne publique de la nature et de l'étendue de ses besoins à satisfaire ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'article 15 méconnaîtrait l'obligation posée par l'article 5 de définition préalable des besoins ne peut qu'être écarté ;

Considérant en troisième lieu que les associations requérantes invoquent les dispositions des articles 1170 et 1174 du code civil prohibant l'insertion dans les contrats d'une condition potestative ; que, toutefois, en application de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ; que les dispositions du code civil ne font pas obstacle à ce que soient introduites dans les contrats administratifs des clauses exorbitantes du droit commun, qui confèrent à l'administration un pouvoir de décider seule, dans l'intérêt général, de l'interruption ou de la poursuite de leur exécution ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que l'article 15 du code méconnaîtrait les dispositions du code civil ne peut qu'être écarté ;

Considérant en quatrième lieu qu'aux termes de l'article L. 132-1 du code de la consommation : Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; que les dispositions du code des marchés publics régissent la passation et l'exécution de marchés passés par les personnes publiques mentionnées à son article 2 avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ; que, par suite, les organismes requérants ne peuvent utilement invoquer les dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation qui ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur ;

Considérant en cinquième lieu que les mêmes dispositions du code des marchés publics n'ont ni pour objet ni pour effet de placer ces personnes publiques dans une position dominante ; qu'ainsi l'insertion d'une stipulation prévoyant sa reconduction dans un marché passé par l'une de ces personnes ne saurait être constitutive d'un abus de position dominante ; que le moyen tiré de ce que les alinéas 2 et 3 de l'article 15 méconnaîtraient les dispositions des articles L. 420-2 et L. 420-3 du code de commerce qui ont codifié les articles 8 et 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 doit, par suite, être écarté ;

Considérant enfin que les dispositions de l'article 15 du code annexé au décret attaqué ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'en outre les petites et moyennes entreprises peuvent toujours, en application de l'article 51, se grouper pour présenter une candidature ou une offre communes pour un marché prévoyant une ou plusieurs reconductions ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte à l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que L'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLES DES FRUITS ET LEGUMES, L'UNION NATIONALE DU COMMERCE DE GROS EN FRUITS ET LEGUMES, LE COMITÉ NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DE LA POMME DE TERRE et LA FEDERATION FRANCAISE DES SYNDICATS DE NEGOCIANTS EN POMMES DE TERRE ET LEGUMES EN GROS ne sont pas fondées à demander l'annulation des alinéas 2 et 3 de l'article 15 du code des marchés publics annexés au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 ;

Sur les conclusions dirigées contre articles 22 V et 25 alinéa 8 : (...)

Sur les conclusions dirigées contre les articles 30 et 40 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du code annexé au décret attaqué : Quel que soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 euros HT./ Ces marchés sont soumis aux règles prévues par le titre Ier, les chapitres Ier et II du titre II, le présent article et les titres IV à VI./ Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige sont soumis aux dispositions du titre Ier, des chapitres Ier et II du titre II et du présent article./ Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 29 et des services mentionnés à l'article 30 du présent code, il est passé conformément aux dispositions de l'article 29 si la valeur des services mentionnés à l'article 29 dépasse la valeur des services mentionnés à l'article 30 ; qu'aux termes de l'article 40 : I. - En dehors des cas prévus à l'article 30 et aux II et III de l'article 35, tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective (...);

En ce qui concerne le premier alinéa de l'article 30 et le I de l'article 40 :

Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er de ce code, selon lequel : Quel que soit leur montant, 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. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Considérant que, si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du même code, peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1er du code ; que, dès lors, le premier alinéa de l'article 30 ne pouvait, sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dispenser de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS, la SOCIETE LOCAL JURISFORMATION et M. X... sont fondés à demander l'annulation du premier alinéa de l'article 30, ainsi que par voie de conséquence l'annulation du I de l'article 40 en tant qu'il comporte les mots à l'article 30 ;

En ce qui concerne le deuxième alinéa de l'article 30 :

Considérant en premier lieu qu'en vertu des dispositions des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, les conventions relatives aux marchés des collectivités territoriales, à l'exception des marchés passés, en raison de leur montant, sans formalité préalable au sens de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, sont soumises à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département ou dans la région ; que selon les dispositions des articles L. 1231-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du même code, les actes pris par les autorités des collectivités territoriales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement ; que l'article 75 du code des marchés publics a prévu pour certains marchés, à l'exception notamment de ceux mentionnés à l'article 30, l'obligation pour la personne responsable du marché d'établir, en plus des pièces constitutives du marché énumérées par l'article 12, un rapport de présentation et de le transmettre aux instances chargées du contrôle des marchés ; que l'article 78 du code des marchés publics, compris dans le chapitre VI Achèvement des procédures, selon lequel après transmission au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, (...) le marché est notifié au titulaire par la personne responsable du marché a pour seul objet de préciser à quel moment de la procédure le marché doit être notifié à son titulaire ; que par suite, le deuxième alinéa de l'article 30 en tant qu'il ne procède pas au renvoi aux articles 75 et 78, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de dispenser de l'obligation de transmission au contrôle de légalité les marchés de service qui y sont soumis en application des articles susmentionnés L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, ni de reconnaître aux conventions relatives à ces marchés un caractère exécutoire avant l'accomplissement de cette formalité ; que, par suite, la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION n'est pas fondée à soutenir qu'en ne renvoyant pas à ces articles, le deuxième alinéa a méconnu lesdites dispositions du code général des collectivités territoriales ;

Considérant en second lieu que le deuxième alinéa de l'article 30 du code annexé au décret attaqué, en ce qu'il ne renvoie pas aux dispositions de l'article 76 faisant obligation à la personne responsable du marché d'aviser de son choix les candidats à l'attribution du marché, ne fait obstacle ni à l'exercice par les candidats susceptibles d'être évincés du recours devant le juge du référé pré-contractuel prévu par les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lequel recours peut être exercé à tout moment de la procédure de passation du marché, ni à l'exercice par toute personne intéressée des recours juridictionnels ouverts en matière de passation des marchés ; que, par suite, la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION n'est pas fondée à soutenir que cet alinéa méconnaîtrait les objectifs de la directive n° 89/665/CEE du 21 décembre 1989 ou porterait atteinte au droit au recours ouvert par les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ou au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction protégé par la Constitution et rappelé par les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 45 : (...)

Sur les conclusions tendant à ce que le Conseil d'Etat limite dans le temps les effets des annulations prononcées par la présente décision : (...)

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION et de M. X... une somme au titre des frais exposés par l'Etat et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu sur le fondement de ces mêmes dispositions de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 500 euros à payer à la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION et la somme de 2 000 euros à payer à M. X... au titre des frais qu'ils ont exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens ;

ARRETS A COMMENTER

Document 5 : CE, 10 février 2010, Perez, n°329100.

Sur la fin de non recevoir opposée à la requête : (...)

Sur les conclusions dirigées contre le décret du 19 décembre 2008 :

Considérant qu'aux termes du quatrième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics dans sa rédaction antérieure à celle du décret du 19 décembre 2008 susvisé : (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni concurrence préalable si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4 000 euros HT... ; que selon l'article 1er du décret du 19 décembre 2008 : (...) au quatrième alinéa de l'article 28 (...) les mots 4 000 euros HT sont remplacés par les mots 20 000 euros HT ;

Considérant que M. A justifie, en sa qualité d'avocat ayant vocation à passer des marchés de prestation de service avec des collectivités territoriales ou de conseil de ces mêmes collectivités, d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de la disposition attaquée en tant qu'elle modifie l'article 28 du code des marchés publics dès lors que l'article 30 du même code relatif notamment aux marchés de prestations juridiques prévoit que les marchés relevant de cet article peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 28 ;

Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le II de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 1er août 2006 selon lequel: Les marchés publics et les accords-cadres (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) ; que ces principes ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les seuls cas où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré ; que, par suite, en relevant de 4 000 à 20 000 euros, de manière générale, le montant en deçà duquel tous les marchés entrant dans le champ de l'article 28 du code des marchés publics sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que par suite M. A est fondé à demander l'annulation du décret attaqué en tant qu'il relève le seuil applicable aux marchés passés selon la procédure de l'article 28 du code des marchés publics ;

Sur les conséquences de l'illégalité du décret annulé :

Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que toutefois, l'annulation rétroactive de l'article 1er du décret du 19 décembre 2008 en tant qu'il prévoit le relèvement du seuil des marchés susceptibles d'être passés sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics porterait eu égard au grand nombre de contrats en cause et à leur nature une atteinte manifestement excessive à la sécurité juridique ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation des dispositions du décret attaqué qu'à compter du 1er mai 2010 sous réserve des actions engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros que M. A demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Document 6 : CE, Sect., 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, DJDCP 2007, p. 366.

Considérant que les requêtes présentées par le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, M. COSSALTER, l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS et autres ainsi que par la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES concernent un même décret et une même circulaire ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision ;

(...)

Sur la légalité interne du décret attaqué :

Considérant que, ainsi qu'il a été dit, les dispositions précitées du décret du 12 novembre 1938 ont autorisé le gouvernement à étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, les règles relatives à la passation des marchés publics de l'Etat ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué aurait méconnu le principe de libre administration des collectivités territoriales doit être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 10, 27, 48, 60, 65 et 67 du code des marchés publics ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 10 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code annexé au décret attaqué : Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots./ Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ... ;

Considérant qu'en posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non ; qu'elles prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ; qu'il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ; que, par suite, les moyens tirés de la violation du principe d'égalité, tant en droit interne qu'en droit communautaire, ainsi que de la liberté de prestations de services instituée par l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne et de la liberté d'entreprendre doivent être écartés ; que de même, le principe de l'allotissement des marchés n'a ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté de choix du pouvoir adjudicateur et qu'ainsi doit être écarté le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance de cette liberté, en violation tant de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ;

Considérant que dès lors que, conformément aux dispositions de l'article 27 III du code des marchés publics, la passation d'un marché en lots séparés prend en compte la valeur globale des lots, doit être écarté le moyen tiré de ce que l'allotissement méconnaîtrait les dispositions de l'article 9 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui interdit le fractionnement des marchés ;

Considérant que si l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES invoque la violation des dispositions de la charte européenne de l'autonomie locale, elle n'apporte, en tout état de cause, aucune précision permettant d'apprécier le bien-fondé de son moyen ; que si l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL se prévaut également d'une violation du principe de sécurité juridique, elle n'indique pas en quoi les dispositions attaquées de l'article 10 porteraient atteinte à ce principe ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, les dispositions du point 6-1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics se bornent à rappeler le principe de l'allotissement prévu par les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics sans instituer de règle nouvelle ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, DE l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C tendant à l'annulation de l'article 10 du code des marchés publics ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ;

En ce qui concerne l'article 27 du code des marchés publics :

Considérant que si l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALE soutient que l'article 27 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, en vertu duquel le pouvoir adjudicateur ne peut pas se soustraire à l'application du code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés ou accords-cadres autres que celles prévues par ledit article, méconnaît l'article 9 de la directive 2004/18/CE, elle n'apporte pas de précisions permettant d'apprécier le bien fondé de ce moyen ;

En ce qui concerne le paragraphe II de l'article 48 du code des marchés publics :

Considérant que les requérants ne demandent l'annulation de l'article 48 du code des marchés publics annexé au décret attaqué qu'en ce qui concerne son paragraphe II, aux termes duquel : Dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises telles que définies par l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou à des artisans ; que ces dispositions permettent uniquement au pouvoir adjudicateur d'obtenir des informations sur la sous-traitance du marché envisagé, mais ne sauraient avoir légalement pour effet d'autoriser le pouvoir adjudicateur à retenir les conditions de la sous-traitance comme un critère de sélection des offres pour l'attribution d'un marché ; que, par suite, le moyen tiré du caractère discriminatoire de ces dispositions doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, de l'ASSOCIATION

ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C tendant à l'annulation de l'article 48 paragraphe II du code des marchés publics ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ;

En ce qui concerne les articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics en tant qu'ils autorisent la fixation d'un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre :

Considérant que, dès lors que les requérants demandent l'annulation des dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, ainsi que des dispositions de la circulaire y afférentes, en tant seulement que ces dispositions favorisent les petites et moyennes entreprises, ils doivent être regardés comme demandant l'annulation du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que du dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 60 du code des marchés publics, relatif à l'appel d'offres restreint, :I. (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 65 relatif aux procédures négociées: I. - (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 67 relatif à la procédure de dialogue compétitif: (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...) ; qu'enfin le dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics indique que dans le cadre des procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de PME qui seront admises à présenter une offre ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes ;

Considérant qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics, applicables respectivement aux trois procédures précitées, conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique ; que, par suite, le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et la SOCIETE IMPRESA

PIZZAROTTI et C sont fondés à demander l'annulation du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006, qui sont divisibles des autres dispositions de ce décret, ainsi que des dispositions à caractère impératif du dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes de ne pas donner d'effet rétroactif à l'annulation ainsi prononcée ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 28, 30, 146 et 148 du code des marchés publics en tant qu'ils concernent les marchés de prestations de services juridiques ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne les moyens tirés de la violation des règles et principes applicables à la profession d'avocat :

Considérant, en premier lieu, que si les marchés de services juridiques visés par les dispositions attaquées comprennent non seulement les contrats conclus entre une collectivité publique et un avocat pour la prestation de conseil juridique mais également ceux conclus pour assurer la représentation en justice d'une telle collectivité et si la représentation en justice par les avocats est régie par des principes relatifs notamment au respect du secret des relations entre l'avocat et son client et à l'indépendance de l'avocat, aucun de ces principes ne fait obstacle à ce que la conclusion d'un contrat entre un avocat et une collectivité publique pour la représentation en justice de celle-ci soit précédée d'une procédure de mise en concurrence préalable dès lors qu'elle est compatible avec ces principes ;

Considérant, en deuxième lieu, que les requérants soutiennent que la qualification de contrat administratif des marchés de services juridiques, résultant de ce que tout marché conclu en application du code des marchés publics a légalement un caractère administratif en application de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, serait incompatible avec le principe d'indépendance des avocats ; que, toutefois, d'une part, le code des marchés publics ne comportant aucune disposition organisant la résiliation ou la modification unilatérale des marchés, le moyen tiré de ce qu'il contreviendrait pour ces raisons au principe d'indépendance des avocats doit être écarté ; que, d'autre part, l'article 30 du code des marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs de veiller au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables à la profession d'avocat ; que cette disposition, contrairement à ce que soutient la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES, n'a ni pour objet, ni pour effet d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs à se prononcer sur les violations desdits principes par les avocats ; que, par suite, le moyen susanalysé doit être écarté ;

Considérant, en troisième lieu, que les dispositions de l'article 15 du décret du 12 juillet 2005 relatif à la profession d'avocat qui interdisent aux avocats toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel, n'ont ni pour objet, ni pour effet de leur interdire de répondre à un avis d'appel à concurrence pour la conclusion d'un marché de services juridiques ;

Considérant, en quatrième lieu, que le fait de répondre à un avis d'appel à la concurrence pour la passation d'un marché ne méconnaît pas le principe de la libre négociation des honoraires des avocats posé par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;

Considérant, en cinquième lieu, que dès lors que la production de références par tout candidat à un marché public est nécessaire à la sélection des offres dans le respect des principes d'égal accès à la commande publique et de transparence, la circonstance que les avocats soient tenus de produire des renseignements ne comportant pas de mentions nominatives afin de respecter le secret professionnel prévu à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ne constitue pas une discrimination illégale ; que les dispositions sus-indiquées ne sont pas entachées d'erreur manifeste d'appréciation pour ne pas avoir dispensé les avocats de produire de telles références ;

Considérant, en sixième lieu, que si, en application de l'article 53 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, il n'est pas tenu d'utiliser le seul critère du prix et peut retenir d'autres critères permettant d'apprécier la qualité des offres ; qu'ainsi, à supposer même que, comme le soutiennent les requérants, le seul critère du prix ne soit pas un critère pertinent pour apprécier les offres de prestations des avocats, ceux-ci ne sont pas fondés à soutenir que, pour ce motif, cette appréciation ne pourrait être soumise aux dispositions de l'article 53 du code des marchés ;

Considérant, en septième lieu, que le principe du secret des relations entre l'avocat et son client n'interdit pas aux pouvoirs adjudicateurs de faire connaître le nom de leurs avocats, ainsi que le prévoit l'article 133 du code des marchés publics relatif à l'obligation de publication annuelle de la liste des marchés conclus et du nom de leur attributaire ; que l'article 30 du code n'est donc pas illégal pour ne pas avoir exclu l'application de cet article 133 aux marchés de services juridiques ;

Considérant, en huitième lieu, que si les marchés de prestations juridiques sont passés selon une procédure adaptée, ils peuvent, en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, être conclus, notamment en cas d'urgence impérieuse, sans publicité, ni mise en concurrence préalable ; que dès lors, la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES n'est pas fondée à soutenir que la mise en concurrence imposée pour la passation des marchés de représentation en justice serait inconciliable avec les délais des recours contentieux ;

Considérant, en dernier lieu, que si les dispositions des articles 174 à 176 du décret du 27 novembre 1991 pris en application de la loi du 31 décembre 1971 confient au bâtonnier, sous le contrôle du premier président de la cour d'appel, la compétence pour instruire tout litige portant sur les honoraires des avocats, les litiges relatifs au règlement financier d'un marché conclu entre un avocat et une collectivité publique portent sur l'exécution d'un marché public et ne peuvent, dès lors, relever que de la seule compétence du juge administratif ; que, par suite, les dispositions contestées, et notamment, l'article 30 du code, n'ont pas, en tout état de cause, méconnu les dispositions des articles 174 à 176 du décret du 27 novembre 1991 ; qu'il en va de même de la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de saisir le comité de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics ;

En ce qui concerne l'article 28 :

Considérant qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. / Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code./ Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48./ Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4 000 euros HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 35 ;

Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 28, auxquelles renvoie l'article 30, permettent la conclusion de marchés de services juridiques selon une procédure adaptée, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que la seule circonstance alléguée par M. B que l'obligation de pondération des critères de sélection des offres imposée par le paragraphe II de l'article 53 du code ne

s'applique pas dans le cadre de cette procédure est sans incidence sur l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter ces principes et de retenir, en application du paragraphe I dudit article 53, qui lui s'applique à ces marchés, l'offre économiquement la plus avantageuse au regard soit d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet de ces marchés, soit du seul critère du prix ; qu'ainsi le moyen tiré de la méconnaissance de ces principes par l'article 28 ne peut qu'être écarté ;

Considérant, en second lieu, qu'en égard à l'objet de la procédure adaptée, l'article 28 du code des marchés publics a pu renvoyer aux pouvoirs adjudicateurs, sous le contrôle du juge, le soin de fixer la procédure applicable à chaque marché dès lors que celle-ci correspond à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat ; que le moyen tiré de l'inintelligibilité de cet article faute de décrire suffisamment la procédure adaptée, et par la même de son illégalité, doit ainsi être écarté ;

En ce qui concerne les articles 30, 146 et 148 :

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quelque soit leur montant selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues à l'article 28. / II. Toutefois : ...4° Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ; / 5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. (...) / III. Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé ;

Considérant, en premier lieu, que la seule circonstance que les dispositions du paragraphe I de l'article 30 permettent la conclusion de marchés de services juridiques, selon une procédure adaptée, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, ne porte pas atteinte à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi et au principe communautaire de confiance légitime ;

Considérant, en deuxième lieu, que si l'article 21 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ne soumet la passation des marchés de services juridiques qu'à l'obligation de faire figurer dans les documents du marché les spécifications techniques ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution du marché en cause, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet d'interdire aux pouvoirs publics nationaux de recourir à une procédure adaptée pour la passation des marchés de services juridiques ; qu'en prévoyant ainsi le recours à une procédure adaptée pour la passation des marchés de prestations de services juridiques, l'article 30 du code des marchés publics n'a pas méconnu la directive 2004/18/CE ;

Considérant, en troisième lieu, que si les dispositions du paragraphe II 5° de l'article 30 du code des marchés publics placent les marchés de services juridiques hors du champ du titre IV de la première partie du code et ne les soumettent donc pas aux régimes des avances et acomptes prévu par les articles 86 à 92 de ce titre IV, elles n'interdisent pas à ces marchés, contrairement à ce que soutient M. B, de prévoir de telles avances et acomptes ;

Considérant, en dernier lieu, que si le paragraphe III de l'article 30 impose, lorsqu'un marché a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et d'autres qui n'y sont pas mentionnées, de le passer conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de dispenser le pouvoir adjudicateur de son obligation de veiller au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables à la profession d'avocat imposée par les dispositions du paragraphe II 4° de l'article 30 ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, de la CONFERENCE DES BATONNIERS, de la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU et de M. B tendant à l'annulation des articles 28, et 30 du code des marchés publics en tant qu'ils concernent les marchés de services juridiques ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ; que les conclusions de la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES tendant à l'annulation des articles 146 et 148, en tant qu'ils reprennent les dispositions des articles 28 et 30, doivent, en conséquence, être rejetées ; qu'il en va de même de ses conclusions à fin d'injonction ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 49, 57 paragraphe II, 77 et 83 du code des marchés publics ainsi que contre les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 49 :

Considérant que si M. B conteste la légalité de l'article 49 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, en tant qu'il autorise le pouvoir adjudicateur à demander un devis descriptif, cette disposition, contrairement à ce qu'il allègue, ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme imposant un début d'exécution de la prestation ; que le moyen tiré de la méconnaissance par cet article de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 doit donc être écarté ;

En ce qui concerne l'article 57 paragraphe II :

Considérant qu'aux termes du paragraphe II de l'article 57 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : II. - 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ce délai minimal ne peut être réduit pour des motifs d'urgence sauf dans le cas mentionné au 3° ci-dessous./ 2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies : a) L'avis de préinformation prévu à l'article 39 a été publié ; b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ; c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation./

3° Pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 Euros HT, le délai minimal mentionné au 1° peut également être ramené à vingt-deux jours. En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai peut être ramené à quinze jours./ 4° Les délais mentionnés aux 1°, 2° et 3° peuvent être réduits de sept jours lorsque l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par voie électronique. / 5° Les délais mentionnés aux 1° et 3° peuvent être réduits de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés./ 6° Les réductions de délais mentionnées aux 4° et 5° peuvent être cumulées sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai minimal à vingt-deux jours du fait de la publication d'un avis de préinformation en application du 2° ; que le moyen tiré du manque de clarté et d'intelligibilité de ces dispositions manque en fait ;

En ce qui concerne l'article 77 :

Considérant qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : I. - Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande./ Il peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum./L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché./Les bons de commande sont des documents écrits

adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité./ II. - La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans./ L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques (...)/ ; que le moyen tiré par M. B de ce que ces dispositions méconnaîtraient celles de l'article 32 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 n'est pas assorti des précisions suffisantes pour en apprécier le bien-fondé ;

En ce qui concerne l'article 83 :

Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet ; qu'aux termes de l'article 83 du même code : Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient M. B, la décision rejetant une candidature ou une offre à un marché public doit être motivée en application des dispositions précitées de l'article 80 du code ; qu'il ne saurait dès lors utilement soutenir que la faculté ouverte par l'article 83 aux candidats évincés de formuler une demande afin de connaître les motifs détaillés du rejet de leur candidature ou de leur offre serait contraire à l'obligation de motivation prévue par l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 135, 138 et 139 du code des marchés publics ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 135 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 135 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, Sont soumises aux dispositions de la présente partie les activités d'opérateurs de réseaux suivantes : 1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ; 2° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable. (...) ;

Considérant en premier lieu, qu'en incluant dans la liste des activités d'opérateurs de réseaux soumises aux dispositions de la deuxième partie du code des marchés publics applicables aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices, non seulement l'exploitation de réseaux mais aussi le fait de mettre l'infrastructure constituée par ces réseaux à la disposition d'un exploitant, cet article 135 s'est borné à transposer les dispositions des articles 3 à 5 de la directive 2004/17/CE du 31 mars

2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux qui font entrer dans le champ d'application de cette directive les activités relatives à la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux ;

Considérant en deuxième lieu, que l'article 135 ne s'applique pas aux actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un des réseaux fixes qu'il mentionne ; que par suite, doit être écarté le moyen tiré de ce que l'article 135, parce qu'il s'appliquerait à de tels actes, méconnaîtrait la directive 2004/17/CE et notamment son article 23, dont les dispositions, transposées à l'article 138 du code des marchés publics, permettent de dispenser des règles de publicité et de mise en concurrence certains contrats relatifs à l'exploitation de ces réseaux ; qu'en revanche, les dispositions du point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006, en tant qu'elles précisent que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers, sont contraires à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 et doivent donc être annulées ;

Considérant enfin, que si l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX se prévaut de l'incompatibilité de l'article 23 de la directive 2004/17/CE avec les principes et règles de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, et en particulier de son arrêt C-377/02 du 1er mars 2005, Léon Van Parys NV, que cet accord ne figure pas parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes des institutions communautaires ; qu'il n'en va autrement que lorsque la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou lorsqu'un acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords de cette organisation ; que la seule référence par le préambule de la directive 2004/17/CE à la décision du Conseil du 22 décembre 1994 approuvant l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics ne suffit pas à faire regarder cet accord comme invocable à l'encontre des actes communautaires ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 23 de la directive 2004/17/CE avec les principes et règles de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS tendant à l'annulation de l'article 135 du code des marchés publics doivent être rejetées ; qu'en revanche, les requérants sont fondés à demander l'annulation des dispositions du point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 en tant qu'elles prévoient que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi de ne pas donner d'effet rétroactif à l'annulation ainsi prononcée ;

En ce qui concerne l'article 138 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 138 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. - Dans les hypothèses précisées au II ci-dessous, les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée au sens du III./ II. - Le I du présent article est applicable : 1° Aux accords-cadres et marchés de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ;

2° Aux accords-cadres et marchés de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ; 3° Aux accords-cadres et marchés de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec les

personnes publiques auxquelles elle est liée./ Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché ou de l'accord-cadre, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires, dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus, est vraisemblable./ Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises. / III. - Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice les entreprises qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'une entité adjudicatrice au sens du IV. / IV. - L'influence des entités adjudicatrices est réputée dominante lorsque celles-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance (...);

Considérant, en premier lieu, que le point 1 de l'article 23 de la directive 2004/17/CE définit l'entreprise liée non seulement comme toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice, mais aussi comme toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante ... ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la notion d'entreprise liée peut trouver à s'appliquer aux personnes publiques entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, sans pour autant concerner, ainsi qu'il a été dit, l'opération par laquelle cette personne confie l'exploitation du réseau à un tiers; que par suite, le moyen contestant le principe même de la transposition de l'article 23 de la directive 2004/17/CE dans le code des marchés publics doit être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, que pour exclure du champ d'application du code des marchés publics les marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée, l'article 138 précité a retenu le critère du chiffre d'affaires moyen réalisé par l'entreprise avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ; que contrairement à ce que soutiennent les requérants, ce renvoi aux personnes publiques liées à l'entreprise ne peut concerner que les personnes publiques agissant en tant qu'entités adjudicatrices, dès lors que l'article 138 ne s'applique que dans cette hypothèse ; que, par ailleurs, le paragraphe III précité de l'article 138 définit la notion d'entreprise liée au regard de l'influence dominante exercée par une seule entité adjudicatrice ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la définition de l'entreprise liée retenue par l'article 138 du code des marchés publics serait plus large que celle donnée par l'article 23 de la directive 2004/17/CE doit être écarté ; qu'enfin, si l'article 138 exclut du champ d'application du code des marchés publics les marchés et accords-cadres conclus entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée, cette exclusion résulte également de la transposition en droit interne des dispositions de l'article 23 de la directive 2004/17/CE ; que le moyen tiré de ce que le champ de la dérogation instituée par l'article 138 excéderait celui des dispositions prévues par la directive doit par suite être écarté ;

Considérant, en dernier lieu, que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ; qu'en égard aux relations particulières existant entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée au sens des dispositions précitées de l'article 138 du code des marchés publics, l'exclusion des marchés conclus entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée du champ du code des marchés publics ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité ; que par suite et en tout état de cause, ces dispositions qui, ainsi qu'il a été dit, transposent l'article 23 de la directive 2004/17/CE, ne sont pas illégales ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS tendant à l'annulation de l'article 138 du code des marchés publics doivent être rejetées ;

En ce qui concerne l'article 139 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 139 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. - Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : 1° Aux marchés et accords-cadres passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer l'une des activités mentionnées à l'article 135 avec l'une de ces entités adjudicatrices ; 2° Aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec un organisme tel que mentionné au 1°, dont elle fait partie, lorsque cet organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans et que, aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant cette même période. (...) ; que ces dispositions se bornent à transposer le point 4 de l'article 23 de la directive 2004/17/CE, qui exclut de son champ d'application les marchés passés soit par une coentreprise exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 3 à 7 auprès d'une de ces entités adjudicatrices, soit par une entité adjudicatrice auprès d'une telle coentreprise, dont elle fait partie, pour autant que la coentreprise ait été constituée dans le but de poursuivre l'activité en question pendant une période d'au moins trois ans et que l'instrument constituant la coentreprise stipule que les entités adjudicatrices qui la composent en feront partie intégrante pendant au moins la même période ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 139 comporteraient une dérogation plus large que celle prévue par la directive doit être écarté ;

Considérant, par ailleurs, que, ainsi qu'il a été dit, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ; que, dès lors que les organismes visés par l'article 139 sont constitués uniquement par des entités adjudicatrices, l'exclusion du champ du code des marchés publics des marchés conclus entre une telle entité et ces organismes ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité ; que par suite et en tout état de cause, ces dispositions qui, ainsi qu'il a été dit, transposent l'article 23 de la directive 2004/17/CE, ne sont pas illégales ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX tendant à l'annulation de l'article 139 du code des marchés publics doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans les instances n° 297892 et 301171, la partie perdante, les sommes que M. B, l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et la CONFERENCE DES BATONNIERS demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans l'instance n° 297919, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : L'intervention de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment est admise.

Article 2 : Le troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que le dernier alinéa du point 10.2.3 et le point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, en tant qu'il précise que sont

inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un réseau fixe, sont annulés.

Article 3 : L'Etat versera à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des requêtes du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, de M. B, de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, de l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, de l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, de la CONFERENCE DES BATONNIER, est rejeté.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, à l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, à M. Patrice B, à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, à l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, à l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, à l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, à la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, à l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, au CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, à la CONFERENCE DES BATONNIERS, à la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES, au Premier ministre, au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment.