

Le nouveau Guide des bonnes pratiques du droit des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Le nouveau Guide des bonnes pratiques du droit des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2012, pp.101. hal-01866466

HAL Id: hal-01866466

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01866466>

Submitted on 3 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Le nouveau Guide des bonnes pratiques du droit des marchés publics à la lumière du droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, avril 2012, comm. 101.

Catherine Prebissy-Schnall

Circ. 14 févr. 2012 portant guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics : [JO 15 févr. 2012, p. 2600](#)

Note :

1. – La nécessité d'un nouveau Guide. – La circulaire du 14 février 2012 portant *guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics* a été publiée (NOR EFIM1201512C, 14 févr. 2012 : [JO 15 févr. 2012, p. 2600](#) qui abroge la [circulaire NOR ECEM0928770C, 29 déc. 2009](#)).

Elle permet de dresser un bilan d'étape de « la réforme permanente du droit des marchés publics » (F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *La réforme permanente du droit des marchés publics : nouvel épisode* : [Contrats et marchés publics 2011, repère 9](#)) puisqu'elle prend en compte non seulement toutes les dernières modifications textuelles (et notamment [D. n° 2011-1000, 25 août 2011](#) modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique : [JO 26 août 2011, p. 14453](#)) et les évolutions jurisprudentielles survenues jusqu'alors mais également les retours d'expérience des praticiens (le projet de mise à jour du Guide a été soumis à concertation publique). Ce Guide s'adresse en priorité aux pouvoirs adjudicateurs qui ne disposent pas de véritables services marchés afin qu'ils soient mis en situation de connaître puis respecter les règles applicables à l'opération de dévolution puis d'exécution contractuelle. Cet outil de capitalisation de l'information a pour ambition de conduire le praticien à choisir le mode d'achat le mieux adapté à ses besoins à travers un compromis entre le respect du droit et l'efficacité économique.

2. – Un Guide permettant la diffusion d'une véritable culture de la concurrence. – La concurrence étant consubstantielle à la notion de marché public, il est donc possible de décliner la quasi-intégralité du droit des marchés publics au travers d'exemples pris en droit de la concurrence : si l'on reprend la table des matières de la circulaire, chaque chapitre peut alors donner lieu à des commentaires sous cet angle. Aussi il conviendra de ne retenir que certains développements du Guide consacrés aux nouveautés introduites dans le Code des marchés publics pour démontrer que la circulaire doit être perçue comme un moyen de promouvoir la politique de la concurrence auprès des décideurs et des opérateurs économiques. En effet, afin de diffuser une véritable culture de la concurrence, l'un des objectifs de la circulaire est de développer une « politique de conformité » qui consiste à inciter les acteurs du droit des marchés publics à placer le respect de la concurrence au cœur de leur stratégie d'achats. Un peu à l'image du développement de l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence qui permet une large diffusion de la culture de la concurrence dans l'ensemble des activités économiques. On a pu constater que la crise financière de 2008, en marquant le retour en force de l'État régulateur a suscité des interrogations quant à l'opportunité d'assouplir les règles de la concurrence dans une telle situation. Faut-il continuer à rester ferme dans l'application de ces règles ? Le Guide des bonnes pratiques montre bien que le droit des marchés publics impose indéniablement la concurrence à l'acheteur public

considérée comme « le meilleur stimulant de l'activité économique » (*Comm. CE, 1er rapport sur la politique de concurrence, 1971, p. 11*). Mais il existe certaines hypothèses dans lesquelles les règles de la concurrence doivent être adaptées ou tempérées afin de permettre la réalisation d'objectifs en matière de performance environnementale par exemple ou de gestion des petits achats.

3. – Les contrats globaux sur performance. – Le Guide insiste sur les deux nouvelles formes de contrats globaux de performance qui peuvent être utilisées pour satisfaire tout objectif de performance mesurable (les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (V. [C. marchés publ., art. 73](#)). Même si la création de ces contrats globaux s'insère dans le contexte de performance de l'action publique voulue par la loi de finances du 1er août 2001 (LOLF) et dans celui de la prise en compte d'objectifs extra-économiques comme le développement durable (*CE, 23 nov. 2011, Cté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570 : Contrats, conc. consom. 2012, comm. 53*), il reste que la notion de globalité déroge à la règle de l'allotissement inscrite à l'[article 10 du Code des marchés publics](#). Or, c'est en arguant l'efficience économique de l'allotissement que la réglementation de la commande publique a été réformée dans le sens d'un allègement des formalités de passation, de leur dématérialisation, d'un meilleur accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics et d'une responsabilisation de l'acheteur notamment dans le recours à la négociation et la gestion de ses petits achats. À l'heure actuelle, avec le développement du contrat de partenariat, il apparaît évident que les objectifs de performance peuvent être plus facilement atteints si le candidat sélectionné a la possibilité de concevoir et de réaliser l'intégralité des prestations demandées par le pouvoir adjudicateur. Il n'est donc pas surprenant que depuis la dernière modification issue du [décret du 25 août 2011](#), le code des marchés publics propose un nouvel outil qui est le contrat global sur performance. Le Guide distingue les contrats associant conception, réalisation, exploitation ou maintenance soumis à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) qui ne seront conclus que « pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants » ou bien « pour des motifs d'ordre technique », des marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance de bâtiments qui, ne comportant pas de conception, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi MOP. Pour ces derniers, la circulaire donne l'exemple d'un marché de réalisation et d'exploitation d'une centrale de production d'énergie qui comprend, outre la construction de la centrale, des prestations de fourniture de combustibles ou d'énergie, de conduite de l'installation, des travaux de petit et de gros entretiens et le renouvellement des matériels (*Circ., pt 7.1.3.2*). Le Guide recommande aux pouvoirs adjudicateurs d'être particulièrement vigilants lorsqu'ils rémunèrent leurs cocontractants sur la base d'un contrat global sur performance car le risque de requalification en délégation de service public ou en concession de travaux est réel. On remarque donc, dans le texte de la circulaire, une réelle volonté de calibrer ces contrats afin qu'ils ne soient pas perçus comme dérogatoires à la loi MOP et qu'ils restent exceptionnels par rapport à l'allotissement. Ils sont envisagés comme un nouveau modèle de procédure d'achat public orienté vers la performance qui est suscitée par la libre concurrence.

4. – Sur l'interprétation du seuil de dispense de procédure de 15 000 euros. – Le Guide explique que les marchés inférieurs à ce seuil ne sont dispensés que des mesures de publicité et de mise en concurrence imposées par le code des marchés publics. Ils n'en restent pas moins que ces marchés se situent dans le champ d'application du code. C'est pourquoi l'[article 28 du Code des marchés publics](#) impose des garanties destinées à respecter les grands principes de la commande publique (bonne définition des besoins ; bonne utilisation des règles de computation des seuils pour éviter la pratique illégale du « saucissonnage » ; choix

d'une offre répondant de manière pertinente au besoin ; bonne utilisation des deniers publics). La circulaire souligne que « la collectivité publique doit se comporter en gestionnaire avisé et responsable des deniers publics. L'acheteur public doit toujours garder à l'esprit qu'il doit pouvoir être à même de justifier de son choix et d'assurer la traçabilité des achats effectués, selon la nature et le montant de la prestation achetée, y compris éventuellement devant le juge (par exemple, en produisant les catalogues consultés, les devis sollicités, les référentiels de prix ou les guides d'achat utilisés, tels ceux validés par l'Observatoire économique des achats publics ou le service des achats de l'État, etc.) » (*Circ., pt 10.3.1*).

Le soin particulier avec lequel la circulaire apporte ses conseils en matière d'interprétation du seuil de dispense de procédure montre combien le sujet est sensible (V. [CE, 10 févr. 2010, M. Perez, n° 329100](#) : [Contrats, conc. consom. 2010, comm. 104](#)). Trop de praticiens, sous couvert de cette dispense de procédure, ne prennent pas le temps de définir avec précision leurs besoins, cherchant à pousser au maximum le prix à la baisse et s'exposant au risque de se voir proposer des offres inadaptées. Là encore on constate que la nature du système concurrentiel mis en place par le pouvoir adjudicateur détermine la manière dont la performance peut être obtenue, compte tenu des modes de compétitions qui sont de règle.

5. – Une circulaire déjà obsolète ?. – Le problème est que cet instrument de promotion de la culture de la concurrence est dépourvu de valeur réglementaire et reste imparfait, incomplet. Le Guide fixe les règles du jeu permettant d'atteindre l'objectif d'efficacité du système économique mais n'impose pas un comportement respectueux du processus concurrentiel de passation des contrats. Les comportements anticoncurrentiels sont certes identifiés et leurs spécificités mis en lumière. Mais, à titre d'exemple, la circulaire n'impose pas l'élimination des offres détectées comme anormalement basses.

Le Guide des bonnes pratiques est également un outil imparfait car si il a le mérite de faire naître un ensemble cohérent, il peine à s'accorder et à se superposer avec l'évolution de la législation communautaire : de nouvelles directives marchés publics vont en effet être adoptées puis transposées vers 2015 impliquant alors l'adoption d'un nouveau code des marchés publics (il convient de souligner que certaines des nouvelles propositions sont déjà inscrites dans le code mais que d'autres, très novatrices, comme l'introduction d'une procédure concurrentielle avec négociation ou encore l'instauration d'un organe de contrôle public du respect de l'application des règles communautaires, vont bouleverser le cadre réglementaire actuel). De même la nouvelle directive sur les concessions de service public va également interroger sur la cartographie actuelle du droit de la commande publique et sur l'harmonisation inévitable des régimes juridiques de tous les contrats qui se sont développés autour du contrat de partenariat issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée (baux emphytéotiques administratifs ; autorisation d'occupation temporaire du domaine public, etc.). Ces différents chantiers en cours montrent combien la mise à jour du guide des bonnes pratiques est lourde et contraignante. Pour le moment, l'enrichissement de la circulaire peut se matérialiser par un renvoi aux fiches élaborées par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie (par exemple la fiche présentant les différents recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique mise en ligne le 23 février 2012).

Mots clés : Marchés publics. - Guide des bonnes pratiques. - Culture de la concurrence