

DL Avocats

Laurent DUCROUX

Avocat associé

Avocat près la Cour d'Appel de Montpellier

☎ : 06.99.13.84.84

courriel : l.ducroux@dlavocats.fr

Stéphane LESUEUR

Avocat associé

Avocat près la Cour d'Appel de Grasse

☎ : 06.68.80.64.04

courriel : s.lesueur@dlavocats.fr

**Bâtiments Durables Méditerranéens
Domaine du Petit-Arbois
Bâtiment Marconi
Avenue Louis-Philibert
13857 AIX-EN-PROVENCE CEDEX 3**

Grasse, le 15 mars 2013

Collaborateur :

Michaël MOUAKIL

Avocat au Barreau de Montpellier

☎ : 09.67.05.51.14

courriel : m.mouakil@dlavocats.fr

Dossier : Bâtiments Durables Méditerranéens (BDM) – Note sur les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise BDM en sa qualité d'association soumise à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et son décret d'application n°2005-1742 du 30 septembre 2005 dans la cadre plus particulier des marchés de prestations de services.

A l'attention de : M. Daniel FAURE

Cher Monsieur,

Comme suite au devis d'intervention que je vous ai fait parvenir, je vous prie de bien vouloir trouver ci-après une note d'analyse juridique relative aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise BDM en sa qualité d'Association loi de 1901 soumise à l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 30 septembre 2005 dans la cadre plus particulier des marchés de prestations de services.

1. Rappel des Faits :

Bâtiments Durables Méditerranéens (BDM), association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 « *relative au contrat d'association* » opérant dans le secteur de la construction, a été créée en mai 2008 et labellisée Pôle Régional d'Innovation et de Développement Economique Solidaire (PRIDES) par la Région PACA en juillet 2008.

Son objet principal est de créer une dynamique de professionnalisation de l'ensemble des acteurs de la filière développement durable.

DL Avocats

SELARL au capital de 8000 euros - N°RCS Montpellier 522 474 972
Siège social : Immeuble le Triangle, 26 allée Jules Milhaud - 34000 Montpellier
n° de TVA intracommunautaire : FR85522474972
☎ : 09.67.05.51.14 - Télécopie : 04.99.62.51.14

Plus précisément, l'association BDM a pour objectif de sensibiliser les maîtres d'ouvrage vers une démarche environnementale en lien avec les spécificités méditerranéennes, de développer les activités des entreprises (au sens large) du secteur de la construction de la région PACA engagées dans la construction environnementale et d'accompagner la mutation et le développement de toutes les entreprises du secteur dans une logique de coopération vers la construction durable.

A cet effet, elle a développé sa propre démarche interne dite démarche BDM (opérationnelle depuis septembre 2009) et perçoit des subventions de la région PACA.

Dans ce cadre, BDM s'interroge :

- sur sa soumission au champ d'application de l'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* » (et conséquemment de son décret d'application n°2005-1741 du 30 décembre 2005),
- sur les règles de publicité et de mise en concurrence qui en découlent notamment pour la passation de ses marchés de prestation de service.

2. Analyse :

2.1. Sur la qualification juridique de l'association BDM comme « pouvoir adjudicateur » au sens de l'article 3, I, 1°, a) de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005

A titre liminaire, il convient d'ores et déjà de préciser que nous partons ici de l'hypothèse que BDM serait effectivement subventionné à plus de 50% par la région PACA.

Ainsi, aux termes des dispositions de l'article 3 de l'ordonnance précitée : « I.-Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance (...) ».

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

Partant de là, la qualification juridique de BDM comme pouvoir adjudicateur au sens des dispositions de l'ordonnance précitée est déterminée par les questions de savoir si :

- si BDM a oui ou non été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.
- Si BDM satisfait à l'un au moins des critères a), b) ou c), **qui ne sont pas cumulatifs**.

***Sur la qualité de BDM d'organisme de droit privé doté de la personnalité juridique morale :**

Comme évoqué précédemment, BDM, association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 « *relative au contrat d'association* », est bien une personne morale de droit privé dotée de la personnalité juridique morale.

En dépit de l'absence de jurisprudence explicite sur ce point, la doctrine admet parfaitement qu'une association puisse être constitutive d'un organisme de droit privé doté de la personnalité juridique morale au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (consulter à ce sujet, « *Champ d'application organique : les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance* », Mme Marion UBAUD-BERGERON, Le Moniteur, janvier 2012).

***Sur la création de BDM à fin de « satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » :**

Cette notion est encadrée par la seule jurisprudence communautaire.

Ainsi, sur l'exigence première de création, celle-ci n'implique pas que l'organisme privé créé satisfasse immédiatement, dès sa création, à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial : il peut au contraire y satisfaire postérieurement à sa création et ce, quel que soit l'échéance de temps écoulé entre le moment de sa création et le début de son activité d'intérêt général (CJCE, 12 décembre 2002, « *Universale-Bau AG* », affaire C-470/99).

Ensuite, s'agissant du terme « spécifiquement », celui-ci n'implique ni une activité d'intérêt général exclusive, ni même une activité d'intérêt général majoritaire : une activité minoritaire suffit en effet à être spécifiquement à présenter un caractère industriel et commercial (CJCE, 10 novembre 1998, « *BFI Holding* », affaire n° C-360/96).

S'agissant enfin « *des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* », la jurisprudence communautaire :

- admet que cette notion, si elle recouvre toute activité « *étroitement liée à l'ordre public* » (c'est-à-dire les activités régaliennes classiques de l'Etat et des pouvoirs publics, telles que l'état civil ou l'assurance maladie – voir CJCE, 15 janvier 1998, « *Mannesmann Anlagenbau Austria AG* », affaire n° C-44/96 ; CJCE, 11 juin 2009, préc.), ne se limite pas pour autant à ces dernières et puisse ainsi comprendre des activités privées (CJCE, 10 novembre 1998, « *BFI Holding* », préc.),
- refuse, en conséquence à ce titre, de considérer que l'existence d'une concurrence développée soit un indice suffisant pour exclure une telle activité d'intérêt général (CJCE, 17 février 2003, « *Adolf Truley GmbH* », affaire n°C-373/00 ; CJCE, 10 novembre 1998, « *BFI Holding* », préc.),
- s'appuie au final sur un faisceau d'indices, pour admettre ou exclure une telle activité d'intérêt général, tels que la charge des risques financiers, l'absence de but lucratif et le financement public.

Aux termes de la jurisprudence communautaire, il a ainsi pu être plus particulièrement admis qu'une activité qui consiste à acquérir des services de planification et de construction, dans le cadre d'un projet immobilier portant sur la construction de plusieurs immeubles de bureaux et d'un immeuble de stationnement couvert, faisant suite à une décision de la ville de créer sur son territoire un pôle de développement technologique, est susceptible de répondre effectivement à un besoin d'intérêt général (CJCE, 22 mai 2003, « *Arkkitehtuuritoimisto Riittta Korhonen Oy* », affaire C-18/01).

Au cas d'espèce, et comme évoqué précédemment, il apparaît que BDM a été créée en mai 2008 à fin, immédiatement et exclusivement, de développer de sensibiliser les maîtres d'ouvrage, les activités des entreprises du secteur de la construction de la région PACA engagées dans la construction environnementale et d'accompagner la mutation et le développement de toutes les entreprises du secteur dans une logique de coopération vers la construction durable.

Au regard notamment de la jurisprudence précitée (CJCE, 22 mai 2003) et des points précédemment évoqués, il apparaît ainsi que BDM a bien « été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

***Sur le financement majoritaire de BDM par la Région PACA :**

L'ordonnance du 6 juin 2005 ayant été prise à l'origine pour la transposition de la directive n°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* », ses dispositions ne peuvent s'interpréter littéralement et doivent être précisées à la lumière de la jurisprudence communautaire.

Dés lors, en premier lieu, la Région PACA est bien un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 2° du Code des Marchés Publics (CMP).

En second lieu, la notion de « *financement majoritaire* » signifie, en terme quantitatif, « *plus de la moitié* », soit un financement à plus de 50 % (CJCE, 3 octobre 2000, « *University of Cambridge* », affaire n° C-380/98).

Cela n'exclut en aucune façon qu'il puisse y avoir plusieurs financeurs publics autre que la Région PACA, par le biais de subventions.

En troisième et dernier lieu, la notion de « *financement majoritaire* » correspond, en terme qualitatif, à un « *financement public* », c'est-à-dire à une aide financière versée sans contre-prestation spécifique et visant à soutenir une activité.

Sachant que satisfont à cette définition :

- des bourses et subventions accordées pour promouvoir les travaux de recherche et/ou pour couvrir les frais de scolarité des étudiants (CJCE, 3 octobre 2000, *préc.*),
- une redevance ou cotisation obligatoire (impôt) perçue par un pouvoir adjudicateur pour la reverser à un organisme de radiodiffusion (CJCE, 13 décembre 2007, « *Bayerischer Rundfunk* », affaire n° C-337/06) ou à des caisses d'assurance maladie (CJCE, 11 juin 2009, « *Hans et Christophorus Oymanns* », affaire n° C-300/07).

En revanche, les versements effectués par un pouvoir adjudicateur dans le cadre dans la cadre d'un contrat de prestations de services, dès lors qu'ils impliquent une contrepartie, ne sont pas constitutifs d'un financement public majoritaire au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (CJCE, 3 octobre 2000, *préc.*).

Au cas d'espèce, et comme évoqué précédemment, nous partons ici de l'hypothèse que BDM serait effectivement subventionnée à plus de 50% par la région PACA.

En outre, les éléments d'information transmis ne semblent pas révéler que le subventionnement de BDM par la région PACA s'inscrirait dans le cadre de contrats de prestations de services ni qu'il impliquerait des contreparties quelconques à charge de BDM (hors contrat spécifique conclu avec la Région s'agissant des Lycées).

Sous ces deux réserves, il apparaît que BDM verrait effectivement son activité financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur au sens de l'art.3, I, 1°, a) de l'ordonnance du 6 juin 2005.

***la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance :**

Je ne dispose pas d'informations précises sur ce point qu'il conviendra d'analyser.

***Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance :**

Ici encore je ne dispose pas d'informations précises sur ce point qu'il conviendra de réexaminer, ne connaissant pas la composition exacte de votre Conseil d'administration.

***Conclusion provisoire :**

Au cas d'espèce, il est ainsi solidement établi que BDM, au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005, est bien un organisme de droit privé doté de la personnalité juridique morale et créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

Sachant que nous ne pouvons nous prononcer sur les points relatifs à **la gestion ainsi qu'à la composition du Conseil d'administration, de fait**, sous la double réserve que BDM soit effectivement subventionné à plus de 50% par la région PACA ou par d'autres organismes publics et que ce subventionnement soit accordé sans aucune contreprestation à charge de BDM en faveur de la Région PACA (ou autres collectivités), BDM pourrait être effectivement qualifié de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005, et se verrait en conséquence soumis au champ d'application de ladite ordonnance.

En conséquence, BDM serait soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à la passation de ses contrats.

2.2. Sur les obligations de publicité et de mise en concurrence pesant sur BDM notamment pour ses marchés de prestation de services

***La détermination des contrats soumis au champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 :**

Tous les contrats de marchés, conclus par BDM, sont soumis au champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 dès lors qu'ils satisfont à la simple définition des articles 1 et 2 de l'ordonnance du 6 juin 2005 :

« Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou les entités adjudicatrices définies à l'article 4, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

NB : néanmoins et pour information, ces marchés publics ne sont pas, à l'inverse des marchés publics du CMP (art. 2 loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 : *« Les marchés passés en application du CMP ont le caractère de contrat administratif »*), par principe des contrats administratifs. En effet, il a été jugé que la soumission d'un marché, à l'ordonnance du 6 juin 2005, ne préjudiciait pas de sa nature juridique administrative ou privée (CE, 3 juin 2009, req. n°324405). Ils peuvent ainsi correspondre à des contrats administratifs comme à des contrats purement privés. La qualification juridique de contrat administratif se faisant ici selon les critères jurisprudentiels habituels. Ce point n'entraînant cependant aucune incidence au regard des obligations de publicité et mise en concurrence prévues par l'ordonnance de 2005.

Pour autant et par exception, s'agissant plus particulièrement des marchés de prestations de services, l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 détaille une liste exhaustive de marchés exclus de son champ d'application.

Il s'agit là exclusivement de marchés de prestations de services qui, quel que soit leur objet, comprennent notamment :

- tous les marchés de services *« conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »* (il s'agit là essentiellement des marchés conclus avec des opérateurs de réseaux),
- *« les marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens »*,
- *« les marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec un contrat d'acquisition ou de location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de la présente ordonnance ».*

Nb : Dans le cas de BDM, il convient de se reporter, plus précisément s'agissant des marchés de services exclus du champ d'application de l'ordonnance, à l'art. 7, I et II ; étant précisé que nous n'avons repris ici les dispositions de cet article dans leur intégralité mais que nous nous sommes contentés de viser les plus pertinentes d'entre elles pour BDM.

*** Les obligations de publicité et de mise en concurrence des marchés publics soumis au champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 :**

Liste exhaustive des textes applicables :

- 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* »,
- **décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 « fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'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 »**,
- décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 « *modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics et aux décrets pris pour l'application de l'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* »,
- décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 « *modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique* ».

NB : il sera fait référence, dans les tableaux suivants, aux dispositions du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

Les seuils de procédure :

Marchés de Travaux		
Seuil	Inférieur ou égale à <u>5.000.000 € HT</u>	<u>Supérieur à 5.000.000 € H.T.</u>
Procédure	<u>Procédure adaptée</u> (art. 10: « <i>Au-dessous des seuils de procédure formalisée, les marchés sont passés selon des modalités librement définies par l'entité adjudicatrice</i> »).	<u>Libre choix des procédures formalisées :</u> - appel d'offres ouvert ou restreint (articles 29 à 32), - procédures négociées (articles 33 à 37), - dialogue compétitif (article 38 à 40), - concours (article 41).

MP de services portant sur des prestations non visées par l'art. 8 (art. 9 décret 2005)	
Seuil	Néant
Procédure	<u>Procédure adaptée quelque soit le montant du marché</u> (art. 10: « <i>Au-dessous des seuils de procédure formalisée, les marchés sont passés selon des modalités librement définies par l'entité adjudicatrice</i> »).

Les marchés de prestations de services définis par l'article 9 du décret sont les suivants :

A l'exception des articles 2, 3 et 47, les dispositions du présent décret ne s'appliquent pas aux marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à l'article 8. **Ces marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur.**

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 8 et des services n'en relevant pas, il est passé conformément aux dispositions de l'article 8 si la valeur des services mentionnés à cet article dépasse la valeur de ceux qui n'en relèvent pas.

Marchés de fournitures et de services (sur des prestations visées à l'art. 8 décret 2005)		
Seuil	<u>Inférieur ou égale à 200.000 € HT</u>	<u>Supérieur à 200.000 € H.T</u>
Procédures	<p><u>Procédure adaptée</u></p> <p><i>(art. 10: « Au-dessous des seuils de procédure formalisée, les marchés sont passés <u>selon des modalités librement définies par l'entité adjudicatrice</u> »).</i></p>	<p><u>Libre choix des procédures formalisées :</u></p> <ul style="list-style-type: none">- appel d'offres ouvert ou restreint (articles 29 à 32),- procédures négociées (articles 33 à 37),- dialogue compétitif (article 38 à 40),- concours (article 41),- système d'acquisition dynamique (article 44 (uniquement pour matériels courants).

Les marchés de prestations de services de l'article 8 sont les suivants :

Sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre, les marchés de services énumérés ci-dessous :

- 1° Services d'entretien et de réparation ;
- 2° Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des services de transports ferroviaires ;
- 3° Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ;
- 4° Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ;
- 5° Services des communications électroniques ;
- 6° Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 2° et 3° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;
- 7° Services informatiques et services connexes ;
- 8° Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 4° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;
- 9° Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;
- 10° Services d'études de marché et de sondages ;
- 11° Services de conseil en gestion et services connexes, sous réserve des dispositions du 10° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée ;
- 12° Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques ;
- 13° Services de publicité ;
- 14° Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;
- 15° Services de publication et d'impression rémunérés sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle ;
- 16° Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues.

Les seuils de publicité :

MP de Travaux		
Seuil	Inférieur ou égale à <u>5.000.000 € HT</u>	<u>Supérieur ou égale à 5.000.000 € H.T</u>
Publicité	Aucune obligation	<u>AAPC (art. 16 décret) :</u> <ul style="list-style-type: none">- publication obligatoire au JOUE,- publication possible de façon cumulative dans une autre publication, sachant dans ce cas que :<ul style="list-style-type: none">• l'avis destiné à cette autre publication ne peut être envoyé avant l'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, dont il mentionne la date,• et ne peut fournir plus de renseignements que ceux qui sont publiés au JOUE ou publiés sur un profil d'acheteur.
Marchés de prestations de services portant sur des prestations non visées par l'art. 8 (art. 9 décret 2005)		
Seuil	Néant	
Publicité	Aucune obligation	

Marché de prestations de services de l'article 8 du décret

Seuils	<u>Inférieur ou égale à 200.000 € HT</u>	<u>Supérieur ou égale à 200.000 € H.T</u>
Publicité	Aucune obligation	<u>AAPC (art. 16 décret) :</u> <ul style="list-style-type: none">- publication obligatoire au JOUE,- publication possible de façon cumulative dans une autre publication, sachant dans ce cas que :<ul style="list-style-type: none">• l'avis destiné à cette autre publication ne peut être envoyé avant l'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, dont il mentionne la date,• et ne peut fournir plus de renseignements que ceux qui sont publiés au JOUE ou publiés sur un profil d'acheteur.

***Les obligations de publicité et de mise en concurrence s'agissant de marchés de prestations de services d'un très faible montant :**

Envisageant notamment la passation de marchés de prestations de services de faibles montants, BDM s'interroge sur les obligations de publicité et de mise en concurrence dans un tel cas.

Rappel de l'article 10 du décret :

« *Au-dessous des seuils fixés au I de l'article 7 (soit 200.000 € HT pour les marchés de prestations de services et de fournitures), les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur. Sauf dans le cas où le pouvoir adjudicateur décide expressément de mettre en œuvre une des procédures formalisées, les caractéristiques techniques des fournitures, des services ou des travaux qui sont portées à la connaissance du ou des candidats peuvent être décrites de manière très succincte.* »

En premier lieu, dans l'hypothèse où ils ne seraient pas exclus du champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 (voir art. 7 précédemment analysé), de tels contrats resteraient soumis, par principe aux principes généraux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures).

L'article 6 de l'ordonnance dispose en effet que : « *Les marchés et les accords-cadres soumis à la présente ordonnance 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* ».

A ce titre, au sens littéral strict, ces dispositions impliquent la nécessité d'une procédure adaptée, librement déterminable par BDM mais impliquant néanmoins obligatoirement, une publicité et une mise en concurrence préalable.

Pour autant, plusieurs tempéraments peuvent être ici apportés et permettent néanmoins de soustraire un marché de prestation de service d'un montant de 15.000 à 20.000 € HT, à toute obligation de publicité et de mise en concurrence préalables.

De première part et contrairement au Code des marchés publics, l'article 10 n'impose aucune règle de publicité et de mise en concurrence alors que tel n'est pas le cas dans le Code, qui soumet les marchés d'un montant supérieur ou égale à 90.000 euros € HT à une publicité obligatoire au Bulletin Officiel d'Annonces des Marchés Publics (BOAMP), soit une diffusion nationale.

De seconde part, les mesures de publicité et de mise en concurrence assurent le respect des principes rappelés à l'article 1er du code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

Ces principes découlent des règles du Traité instituant l'Union européenne et, notamment, du principe de non discrimination en raison de la nationalité (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98).

Cet arrêt implique des mesures de publicité et de mise en concurrence proportionnées au montant du contrat.

Il apparaît ensuite que la Cour de Justice pose une limite aux exigences de la jurisprudence « *Telaustria* ».

Elle a en effet considéré, dans un arrêt *Commission contre Irlande* (Aff. C-507/03, que l'application des règles fondamentales et des principes généraux des traités aux procédures de passation des marchés de faible valeur « *présuppose que les marchés en cause présentent un intérêt transfrontalier certain* », ce qui est loin d'être le cas pour la majeure partie des marchés souscrits par BDM, sous réserve d'un avis contraire de votre part.

Mais la Cour a également considéré qu'était contraire aux principes fondamentaux du Traité l'obligation de procéder à une publicité pour des marchés pour lesquels aucune disposition réglementaire ne prévoit une telle obligation.

Pourquoi ?

La rédaction d'une publicité suppose de principe la rédaction d'un règlement de consultation supposant lui-même d'énoncer des critères de sélection des offres ainsi que leurs conditions de mise en œuvre.

Ceci entraîne l'obligation d'analyser les offres, puis de rédiger un rapport d'analyse des offres, ce qui est potentiellement une source de contentieux avérée, sans même parler du coût analytique de l'ensemble de cette procédure, coût certainement supérieur à ce que BDM est en droit d'exiger du gain lié à la mise en concurrence.

Autrement formulé, effectuer des mesures de publicité et de mise en concurrence pour des marchés de faibles montants expose BDM à des recours éventuels de la part des concurrents évincés (car il faudra notifier leur éviction et le cas échéant, sur demande, motiver ladite éviction) mais également à un coût disproportionné au montant dudit marché.

PROPOSITION POUR LES MARCHES RELEVANT DE L'ARTICLE 8 DU DECRET :

Afin de conjuguer efficacement l'obligation de transparence et d'égalité de traitement des candidats mais également, ce que traduit le droit communautaire, soit l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et compte tenu des spécificités de BDM, il pourrait être envisagé des mesures de publicité et de mise en concurrence suivantes :

- Marchés de prestations de services (ou de fournitures) dont le montant est inférieur ou égal à 20.000 € HT : dispense de publicité et de mise en concurrence ;
- Marchés de prestations de services (ou de fournitures) dont le montant est inférieur ou égal à 90.000 € HT : publicité sur votre site internet ;
- Marchés de prestations de services (ou de fournitures) dont le montant est supérieur ou égal à 90.000 euros € HT mais inférieur à 200.000 € HT : publicité dans un Journal d'Annonces Légales (JAL) ou au BOAMP (diffusion nationale) le cas échéant, fonction de la nature du marché et du nombre de candidats potentiels.

PROPOSITION POUR LES MARCHES RELEVANT DE L'ARTICLE 9 DU DECRET :

- Marchés de prestations de services (ou de fournitures) dont le montant est inférieur ou égal à 90.000 € HT : dispense de publicité et de mise en concurrence ;
- Marchés de prestations de services (ou de fournitures) dont le montant est supérieur ou égal à 90.000 euros € HT mais inférieur à 200.000 € HT : publicité sur votre site internet, dans un Journal d'Annonces Légales (JAL) ou au BOAMP (diffusion nationale) le cas échéant, fonction de la nature du marché et du nombre de candidats potentiels.

Restant à votre entière disposition, je vous prie d'agréer, Cher Monsieur, l'expression de mes plus respectueuses salutations.

Me Stéphane LESUEUR