



# ASSEMBLÉE NATIONALE

## 13ème législature

### passation

Question écrite n° 91837

#### Texte de la question

M. Michel Havard appelle l'attention de Mme la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi sur la transposition, dans le cadre de l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, de la directive européenne n° 2004/18/CE, sur la passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public. Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance peuvent être des 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. Le décret d'application n° 2005-1742 qui définit les modalités de mise en oeuvre de l'ordonnance comporte un article qui permet actuellement de nombreuses "dérives" dans l'application des marchés publics et va à l'encontre de l'esprit de la directive. Ce décret fixe les règles applicables aux marchés de services passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Il prévoit notamment que, lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services mentionnés dans l'article 8 du décret et des services non mentionnés dans cet article, dans ce cas, le marché 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. Il semble que cette disposition soit de plus en plus utilisée de façon abusive pour éviter la mise en oeuvre de procédures formalisées et favoriser ainsi une concurrence déloyale. Il lui demande donc de bien vouloir lui préciser quelles mesures elle envisage pour mettre fin à cette anomalie et éviter qu'un pouvoir adjudicateur puisse se soustraire aux règles de mise en concurrence voulues par la directive "services".

#### Texte de la réponse

Le 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 distingue au sein des marchés de services deux catégories : ceux qui portent sur des services dits « prioritaires », énumérés de manière exhaustive, et ceux qui portent sur d'autres services. En application de l'article 8 de ce décret, la passation des marchés de services prioritaires est soumise, lorsque le montant du marché dépasse certains seuils, aux procédures formalisées. En revanche, en application de l'article 9 du même décret, les autres marchés de services sont passés, moyennant quelques contraintes formelles, selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur. Le deuxième alinéa de l'article 9 dispose enfin que lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services prioritaires et des services non-prioritaires, il est soumis aux procédures formalisées si la valeur des services prioritaires dépasse la valeur de ceux qui ne le sont pas. Il s'agit, pour les pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics, de l'exacte transposition en droit interne des dispositions des articles 20 à 22 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. On retrouve d'ailleurs des règles identiques, pour ce qui concerne l'État, ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, aux articles 29

et 30 du code des marchés publics. La directive 2004/18/CE a en effet entendu limiter l'application intégrale de ses dispositions à certaines catégories de services, dont l'ouverture au commerce international est identifiée comme « prioritaire » (considérants 18 et 19). Sur ce point, elle est elle-même la mise en oeuvre par l'Union européenne des engagements contractés en matière de marchés publics dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. Comme toute violation d'une règle du droit de la commande publique, les pratiques décrites sont lourdement sanctionnées par les juridictions. Elles sont, le cas échéant, sanctionnées par les juges des référés précontractuel et contractuel, lesquels peuvent prendre des mesures allant jusqu'au prononcé de la nullité du contrat. Le juge peut également condamner l'acheteur qui aurait ainsi détourné la règle de droit au paiement de dommages et intérêts. S'il y a lieu, ces mêmes faits peuvent donner lieu à une condamnation pénale, notamment sur la base de l'article 432-14 (délit de favoritisme). La violation des règles de passation des contrats de la commande publique peut également donner lieu à une poursuite devant la Cour de discipline budgétaire et financière, sur le fondement des articles L. 313-1 à L. 313-24 du code des juridictions financières (en ce sens, voir CDBF, 12 décembre 1991, centre hospitalier spécialisé de Saint-Étienne de Rouvray [Seine-et-Marne], arrêt n° 91-257).

## Données clés

**Auteur :** [M. Michel Havard](#)

**Circonscription :** Rhône (1<sup>re</sup> circonscription) - Union pour un Mouvement Populaire

**Type de question :** Question écrite

**Numéro de la question :** 91837

**Rubrique :** Marchés publics

**Ministère interrogé :** Économie, industrie et emploi

**Ministère attributaire :** Économie, finances et industrie

## Date(s) clé(s)

**Question publiée le :** 26 octobre 2010, page 11541

**Réponse publiée le :** 29 mars 2011, page 3119