

Les procédures formalisées dans les marchés à procédure adaptée

Dans le cadre des MAPA, la référence aux procédures formalisées peut à première vue apparaître comme un outil de sécurité juridique. Néanmoins, cette référence peut présenter des contraintes importantes tant pour l'acheteur public que les candidats. Ne serait-il pas préférable que l'acheteur public s'inspire des procédures formalisées sans les appliquer entièrement ?

Les marchés à procédure adaptée apportent de la souplesse aux achats des personnes soumises au Code de la commande publique et aux directives européennes relatives aux marchés publics.

Les acheteurs publics sont soumis à des contraintes fortes en matière d'achat. Plusieurs raisons expliquent cet état de droit.

Premièrement, il est considéré que l'acheteur public, du fait de son appartenance au secteur public, n'a pas le réflexe et il n'est pas dans ses usages de conduire naturellement une procédure de mise en concurrence. Pourtant, du fait de l'Union européenne notamment mais aussi de la jurisprudence administrative, les personnes publiques sont de plus en plus orientées et sensibles à la mise en concurrence. Qu'il s'agisse de la candidature de personnes publiques à des procédures d'attribution de commande publique ou de la mise en concurrence pour des candidats à une occupation du domaine public, les hypothèses de mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence sont nombreuses.

Deuxièmement, l'action des personnes publiques est contrôlée par les autorités nationales et européennes au regard notamment du droit de la concurrence. Les spécificités de leur cadre d'intervention liées par exemple à l'existence d'un service public, une politique publique ou un projet d'intérêt général peuvent justifier certaines dérogations sans pour autant permettre une exclusion totale des règles de mise en concurrence.

Le droit de la commande publique qui existe depuis des décennies fait l'objet d'une certaine complexification due sans aucun doute à l'évolution des techniques.

Troisièmement et enfin, évidemment, la bonne gestion des deniers publics nécessite au moins trois éléments :

- une étude des besoins ;
- le soutien de la concurrence pour permettre de disposer d'offres de qualité ;
- une analyse comparative poussée.

Auteur

Solmaz Ranjineh
Avocate, Spécialiste en droit public
Cabinet Cloix Mendès-Gil

Si le Code de la commande publique et les directives européennes relatives aux marchés publics fixent des règles exigeantes de passation des marchés publics, ce cadre réglementaire tient également compte de la réalité du monde économique, des spécificités du secteur public et de l'efficacité des règles de passation selon l'objet et le montant des achats.

Aussi, à l'instar des directives européennes, le Code de la commande publique prévoit des procédures allégées intitulées « procédures adaptées » qui s'opposent aux « procédures formalisées » imposant des règles de publicité et de mise en concurrence précises et strictes.

Loin d'être un moyen de contourner les règles de passation des marchés publics, les marchés à procédure adaptée qui font l'objet de règles de mise en concurrence bien moins contraignantes que les procédures formalisées apportent un souffle aux acheteurs publics en leur permettant de fixer eux-mêmes des règles de mise en concurrence en respectant bien évidemment certaines exigences.

Pour autant, la passation des procédures adaptées n'est pas toujours aisée dès lors que l'acheteur reste tenu au respect des règles fondamentales et des principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en particulier les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, lorsque ces marchés présentent un intérêt transfrontalier certain^[1]. Par ailleurs, les marchés à procédure adaptée doivent respecter un degré de publicité adéquate^[2].

Aussi, comment définir les règles de passation d'une procédure adaptée ?

Une possibilité est d'appliquer les règles de mise en concurrence des procédures formalisées ce qui peut sécuriser l'acheteur public qui n'est pas inquiet d'une éventuelle remise en cause de la procédure adaptée qu'il a menée. Une autre possibilité, plus souple, serait que l'acheteur public s'inspire des procédures formalisées sans les appliquer entièrement.

L'acheteur public fait expressément référence aux procédures formalisées

Le droit national apporte des éléments de réponse plus précis que le droit de l'Union européenne.

Le droit national

Si du point de vue de la hiérarchie des normes, il conviendrait d'étudier au préalable la réglementation, la jurisprudence nationale a apporté des éléments de réponse avant le droit positif.

[1] CJUE 4 avril 2019, Allianz Vorsorgekasse, aff. C-699/17 ; CJUE ord., 12 novembre 2020, Novart Engineering, aff. C-170/20.

[2] CJUE ord., 3 décembre 2001, Bent Moustén Vestergaard c/ Spottrup Boligselskab, aff. C-59/00.

● La jurisprudence administrative

Depuis longtemps déjà, le Conseil d'État, au-delà des règles d'application obligatoire en matière de commande publique, juge que la personne publique qui s'impose une procédure à laquelle elle n'est pas tenue à l'obligation de la mettre en œuvre conformément aux règles qu'elle s'est fixées^[3]. Comme l'écrivait très justement le professeur émérite René Chapus « la liberté est une chose, la fantaisie en est une autre »^[4].

Il était donc tout naturel que le juge administratif applique le même raisonnement en matière de marchés publics dans la fameuse décision *Société Affichage Giraudy*^[5].

En 2004, le Conseil d'État a réaffirmé cette règle en matière de marchés publics :

« le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Mamoudzou a pu estimer, par une appréciation souveraine exempte de dénégation, que cette collectivité avait entendu se soumettre volontairement pour cette procédure au régime juridique de l'appel d'offres restreint prévu par les règles de droit applicables aux marchés publics en métropole, que celles-ci soient d'origine nationale ou communautaire ; qu'il a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que l'ensemble de ces règles, et notamment l'article 40 du code des marchés publics auquel renvoie l'article 61 du même code, étaient applicables au marché litigieux »^[6].

Ce n'est que quelque temps plus tard que la réglementation confirme la jurisprudence avec le Code des marchés publics 2006.

● La réglementation nationale

L'article 28 du Code des marchés publics de 2006 prévoyait expressément que dès lors que le pouvoir adjudicateur se référerait à une procédure formalisée, il était tenu de l'appliquer^[7]. Cette règle s'applique également aux entités adjudicatrices^[8]. Les différentes réformes ont maintenu ce principe désormais inscrit à l'article R. 2123-6 du Code de la commande publique^[9].

[3] CE Ass, 9 décembre 1966, req. n° 53.293 : illégalité d'un décret précédé de la consultation non obligatoire d'une commission en raison de la méconnaissance des règles de consultation ; CE 15 avril 1988, Mme D-S, req. n° 70.840.

[4] R. Chapus, *Droit administratif général*, tome I, § 1223, p. 1031, 15^e édition.

[5] CE 15 octobre 1982, Société Affichage Giraudy, DA 1982, n° 375.

[6] CE 25 juin 2004, Société Colas, req. n° 261264.

[7] « 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 ».

[8] Code des marchés publics (2006), art. 146 I al. 2.

[9] « Lorsque la procédure se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, l'acheteur est tenu d'appliquer celle-ci dans son intégralité ».

Il en résulte donc clairement que dès lors qu'un acheteur public fait référence à une procédure formalisée alors même qu'il n'y ait pas tenu, soit du fait de l'objet du marché soit du fait des seuils, il doit suivre entièrement la procédure formalisée à laquelle il fait référence. Le cas le plus illustratif est le règlement de consultation qui indique désigne la procédure applicable en se référant aux dispositions du Code de la commande publique réglementant une procédure formalisée. Ainsi, s'il renvoie par exemple aux règles des procédures d'appels d'offres, alors ces dernières s'appliquent en totalité. Cela est également le cas si le règlement de consultation fait référence à une procédure formalisée comme la procédure avec négociation sans faire référence aux textes applicables.

Le droit de l'Union européenne

Il convient d'analyser la réglementation en vigueur avant de rappeler la jurisprudence en vigueur.

● Les directives relatives aux marchés publics

Contrairement au Code de la commande publique, les directives européennes ne prévoient pas le cas où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice se soumettent volontairement à des règles de passation auxquelles ils ne sont pas soumis.

En effet, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics prévoit qu'elle ne s'applique qu'aux marchés dont les montants sont supérieurs aux seuils qu'elle fixe : « La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants (...) »^[10].

Par conséquent, en application de cette directive, aucune règle contraignante de passation ne s'applique dans le cas où le montant du marché public est inférieur aux seuils fixés par la directive. Par ailleurs, la directive ne précise pas qu'elle s'impose aux acheteurs qui y font expressément référence.

Néanmoins, compte tenu des principes généraux et des règles fondamentales du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'acheteur public est tenu de respecter certains principes.

● La jurisprudence européenne

Comme il est rappelé dans les différents articles du présent numéro, le juge européen a rapidement jugé que la passation des contrats doit respecter un principe de transparence, notamment les concessions^[11], les mar-

chés publics lorsqu'ils présentent un intérêt transfrontalier, notamment les « petits marchés »^[12] ainsi que les marchés portant sur les « services non prioritaires » à l'époque où la directive européenne distinguait les marchés de services dont une partie n'était pas soumise à des règles de mise en concurrence^[13].

Au-delà de l'obligation de respecter des règles de mise en concurrence même dans le cas où le marché public n'est pas soumis à la directive relative aux marchés publics, il importe également de vérifier la jurisprudence européenne relative à la soumission volontaire d'une entité à des règles de passation de marchés publics.

Tout d'abord, la Cour de justice de l'Union européenne a clairement jugé, sans vraiment de surprise, qu'une réglementation nationale imposant l'application des règles de la directive 2014/24 relative à la passation des marchés publics à des marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils était tout à fait conforme au droit de l'Union européenne^[14].

Ensuite, la Cour de justice de l'Union européenne juge que la directive 2014/24/UE précitée s'applique dès lors qu'un État membre a décidé de s'y soumettre et qu'elle peut donc contrôler la conformité à la directive des procédures prévues par le droit national :

« 38. Ainsi qu'il découle des demandes de décision préjudicielle, la valeur estimée de chacun des marchés en cause au principal est inférieure au seuil d'applicabilité de la directive 2014/24, fixé à 5 548 000 euros par son article 4, sous a), en ce qui concerne les marchés publics de travaux, de sorte que ces marchés ne relèvent pas du champ d'application de cette directive.

39. Néanmoins, ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'une législation nationale se conforme, de manière directe et inconditionnelle, pour les solutions qu'elle apporte à des situations non couvertes par un acte du droit de l'Union, à celles retenues par cet acte, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que les dispositions reprises dudit acte reçoivent une interprétation uniforme. Cela permet en effet d'éviter des divergences d'interprétation futures et d'assurer un traitement identique à ces situations et à celles relevant du champ d'application desdites dispositions (arrêt du 31 mars 2022, *Smetna palata na Republika Bulgaria*, C-195/21, EU:C:2022:239, point 43 et jurisprudence citée) »^[15].

Il en résulte que le juge de l'Union européenne pourra contrôler la conformité d'un marché public qu'un État membre a soumis volontairement à l'application de la

[10] Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 4 al. 1.

[11] Le juge a statué dans ce sens à une époque où le droit de l'Union européenne ne réglementait pas la passation des concessions : CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, aff. C-324/98.

[12] CJCE ord. 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, aff. C-59/00, *Rec.* 9505, pt 20.

[13] CJCE 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, pts 25-27.

[14] CJUE ord. 26 septembre 2024, *NV c/ Agentsia za darzhavna finansova inspektisia*, aff. C-550/23.

[15] CJUE 7 décembre 2023, *Varhoven administrativen sad*, aff. C-441/22.

directive 2014/24/UE précitée alors même que cette dernière ne s'impose pas.

L'acheteur public qui n'est soumis qu'aux procédures adaptées peut faire le choix de se soumettre volontairement à une procédure formalisée. Dès lors qu'il fait expressément part de ce choix aux candidats, il est tenu de respecter l'ensemble des règles s'imposant à la procédure formalisée.

Aussi, si la référence aux procédures formalisées peut s'avérer en premier abord comme un outil de sécurité juridique, ce procédé peut présenter des contraintes importantes tant pour l'acheteur public que les candidats.

Aussi, une autre solution serait que l'acheteur public s'inspire des procédures formalisées sans les appliquer entièrement.

Les MAPA s'inspirant des procédures formalisées

Bien que la réglementation n'envisage plus ce cas de figure, il est intéressant de rappeler le contrôle du juge sur ce sujet.

Une réglementation qui envisageait cette hypothèse

L'article 28 du Code des marchés publics de 2006^[16] présentait une rédaction très pédagogique distinguant clairement le cas où l'acheteur public se réfère expressément aux procédures formalisées de celui où il s'en inspire sans s'y référer expressément. Dans le premier cas, l'ensemble de la procédure formalisée s'applique. Dans le deuxième cas, seules les règles retenues par l'acheteur public s'appliquent :

« Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une de ces

procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'appliquer dans son intégralité ».

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ne reprennent pas cette distinction de même que le Code de la commande publique.

Néanmoins, bien que la réglementation ne l'envisage plus, les acheteurs publics peuvent toujours user de cette faculté et il est intéressant d'évoquer la jurisprudence sur ce sujet.

Une faculté toujours ouverte aux acheteurs publics

C'est bien le propre des procédures adaptées que de permettre aux acheteurs publics de définir les règles de passation tout en s'inspirant des règles applicables aux procédures formalisées.

Aussi, la cour administrative d'appel de Nantes a clairement jugé que le maire pouvait, dans le cadre d'une procédure adaptée recourir à une « commission spécifique » sans respecter l'ensemble des règles applicables aux commissions d'appels d'offres^[17].

Il résulte de l'état de la jurisprudence et de la réglementation que l'acheteur public a tout intérêt à s'inspirer des procédures formalisées sans s'y référer expressément.

[17] CAA Nantes 30 novembre 2012, Société VSU, req. n° 11NT00494 : « 3. Considérant que la société VSU ne peut utilement soutenir que la commission d'appel d'offres était irrégulièrement composée et que le nom et la qualité de ses membres n'ont pas été mentionnés sur le rapport d'analyse des offres, dès lors que le marché contesté a été passé selon la procédure adaptée en application de l'article 28 précité du code des marchés publics, qui ne prévoit pas de réunion de la commission d'appel d'offres ; qu'en outre, si le maire a pu s'inspirer des procédures formalisées prévues par le code des marchés publics, en particulier en constituant une commission spécifique pour évaluer les offres comme l'autorise l'article 22 du même code, il ne s'est pas référé expressément à l'une des procédures formalisées prévues par ledit code et n'était dès lors pas tenu d'en respecter toutes les règles ; que, par suite, l'irrégularité alléguée de la procédure de sélection des offres sur ce point doit être écartée ».

[16] Code des marchés publics (2006), art. 28 § I, al. 3.