

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article8297>

Possibilité pour un acheteur de soustraire des lots aux obligations de publicité et de mise en concurrence

- Jurisprudence -



Publication date: samedi 27 juillet 2019

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale - Tous

droits réservés

Un acheteur public peut-il soustraire des lots d'un petit montant aux obligations de publicité et de mise en concurrence ?

[1]

Oui : l'article R-2122-8 du Code de la commande publique dispose qu'un acheteur peut passer sans publicité ou mise en concurrence des lots quand leur montant est inférieur au seuil de 25 000 € et que le montant cumulé de ces "minis lots" n'excède pas 20% de la valeur de tous les lots. Le tribunal administratif de Besançon valide ainsi les marchés passés par un département pour un montant total de 500 000 euros pour l'organisation d'un festival bien que certains petits lots n'avaient pas fait l'objet d'une mise en concurrence. Précisons cependant que le juge pénal peut également avoir son mot à dire en cas de plainte d'un candidat évincé ou qui n'aurait pas pu soumettre d'offres, le délit de favoritisme pouvant s'appliquer dès le 1er euro. Ce d'autant que la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la violation des principes de la commande publique (article L3 du code de la commande publique) suffit à caractériser un délit de favoritisme sans qu'il soit besoin de démontrer une violation d'une disposition particulière. A l'heure où il est envisagé de relever le seuil de ces "petits marchés" dispensés de publicité et de mise en concurrence à 40 000 euros pour faciliter l'accès des PME à la commande publique, le législateur pourra-t-il s'affranchir de conduire une réflexion sur les contours du délit de l'article 432-14 du code pénal ?

Un département décide de créer un festival en plein air. Pour ce faire, le département signe des contrats avec

plusieurs sociétés organisatrices de spectacles pour des prestations de programmations artistiques et de gestion administrative des contrats artistiques ainsi que pour la commercialisation de la billetterie dans le cadre du festival.

Une société concurrente forme un référé contractuel (l'absence de publicité ayant empêché la manifestation d'un référé pré contractuel) afin de faire annuler deux contrats signés. Cette société soutient que les contrats litigieux ont été effectués sans publicité ni mise en concurrence alors que le montant de l'ensemble des contrats destinés à l'organisation du festival dépasse très largement le seuil de 25 000€ (environ 500 000 euros au total).

En premier lieu le tribunal rappelle les règles de fixation du montant du marché et donc de la procédure applicable :

« L'acheteur doit procéder au calcul de la valeur estimée de son besoin d'après le montant total du ou des marchés de fournitures ou de services, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer. L'acheteur prend alors en compte la valeur totale de l'ensemble des prestations nécessaires à un même projet. »

Le montant pertinent pour décider de la procédure applicable doit prendre en compte l'ensemble des marchés pour satisfaire le besoin de l'acheteur. En l'espèce l'estimation du montant nécessaire pour organiser le festival étant de 500 000€, quels que soient les opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, le département ne pouvait pas passer des marchés pour l'organisation du festival sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Toutefois le département se prévalait des dispositions de l'article R.2122-8 du code de la commande publique pour les petits lots :

« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 25 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2^o de l'article R. 2123-1.

L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. »

Le tribunal administratif de Besançon valide le dispositif et l'argumentation du département :

« en vertu de ces dispositions, le département pouvait s'affranchir des règles de publicité ou de mise en concurrence pour des lots inférieurs à un seuil de 25 000 euros HT et dont le montant n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble des lots ».

Il reste à savoir comment le juge pénal se positionnerait s'il devait être saisi de plaintes pour favoritisme de candidats évincés ou qui n'ont pas pu soumettre d'offres. En effet le délit de favoritisme peut être caractérisé dès le

1er euro (pour un exemple pour un marché de 5800 euros suivre le lien proposé en fin d'article). Dès lors que ces dispositions permettent de déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence préalables, le juge pénal vérifiera a minima que les critères posés par le code de la commande publique ont bien été respectés et que l'acheteur rentrait bien dans ce cadre (attention notamment à ne pas flirter avec le seuil des 20 %). On peut également penser que le juge pénal vérifiera que l'acheteur n'a pas conclu de marchés systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. Ira-t-il plus loin dans son contrôle en recherchant si l'acheteur a bien choisi une offre pertinente conforme à une bonne utilisation des deniers publics pour déceler une éventuelle rupture d'égalité entre les candidats ?

L'occasion de rappeler que la [chambre criminelle de la Cour de cassation](#) a jugé que la violation des principes de la commande publique (article L3 du code de la commande publique) suffit à caractériser un délit de favoritisme sans qu'il besoin de démontrer une violation d'une disposition particulière. A l'heure où il est envisagé de relever le seuil de ces "petits marchés" dispensés de publicité et de mise en concurrence à 40 000 euros pour faciliter l'accès des PME à la commande publique, le législateur pourra-t-il s'affranchir de conduire une réflexion sur champ d'application du délit de l'article 432-14 du code pénal ?

[Tribunal Administratif de Besançon, 27 juillet 2019, NA° 1901145 \(PDF\)](#)



PS:

- L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 25 000 euros hors taxes et que le montant cumulé de ces "minis lots" n'excède pas 20% de la valeur de tous les lots.

- L'acheteur doit veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

- Attention : le juge pénal peut être saisi d'une plainte pour favoritisme d'un candidat évincé ou qui n'a pas pu déposer d'offres et le délit de favoritisme peut être caractérisé dès le 1er euro. Il convient d'être d'autant plus vigilant que la Cour de cassation a jugé que la violation des principes de la commande publique (article L3 du code de la commande publique) suffit à caractériser un délit de favoritisme sans qu'il besoin de démontrer une violation d'une disposition particulière.

Textes de référence

- [Article L3 du code de la commande publique](#) (grands principes de la commande publique)
- [Article R.2122-8 du code de la commande publique](#) (marchés ou lots passés sans publicité ni mise en

concurrence préalables).

– [article R. 2123-1 du code de la commande publique](#) (marchés à procédure adaptée)

Etes-vous sûr(e) de votre réponse ?

– [Le délit de favoritisme peut-il être constitué pour les marchés à procédure adaptée sur le constat d'une violation des principes généraux posés à l'article 1er du code des marchés publics ?](#)

– [La violation des grands principes de la commande publique suffit-elle à caractériser un délit de favoritisme même si la preuve d'un manquement à une règle particulière n'est pas rapportée ?](#)

– [Plus de décisions relatives aux marchés publics](#)

[1] Photo de Diego Sullivan sur Unsplash