

Séance 1 : Qu'est-ce qu'un marché public ?

Mise à jour mars 2020

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

La réponse à cette question nécessite, en premier lieu, de faire un point sur le cadre juridique applicable en matière de commande publique.

En effet, ce dernier a été modifié avec la parution du code de la commande publique, constitué de deux textes publiés au journal officiel du 5 décembre 2018 :

- L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.
- Le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

Ce code de la commande publique (CCP), qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, réunit la trentaine de textes utilisés auparavant par les acheteurs publics et notamment :

- L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Depuis le 1^{er} avril 2019, donc, tous les anciens textes de nature législative ou réglementaire qui concernaient la commande publique auront été écartés par l'acheteur public, qui ne se référera plus qu'au CCP (et accessoirement encore au code général des collectivités territoriales pour les acteurs locaux).

A l'aune des nouvelles dispositions du code de la commande publique, mais aussi des éléments jurisprudentiels toujours applicables (dont certains ont d'ailleurs été codifiés), la présente séquence aura pour objet, après avoir rappelé comment est organisé et formalisé le nouveau cadre en vigueur :

- De présenter la notion de marché public : quelle définition peut-on donner d'un marché public ? quelle différence peut-on faire entre un marché et d'autres types de contrats et notamment les contrats de concessions ? etc... (1)
- De faire un point sur les marchés que l'on peut qualifier de « spécifiques », au regard soit d'un critère organique (cas de « quasi-régie ») soit de leur objet, car ce dernier, par nature, ne se prête pas aux règles de mise en concurrence (2)
- De rappeler un élément essentiel à la compréhension des règles de la base de la commande publique : la distinction à opérer entre un marché public avec la manière dont il est passé (la procédure de passation) (3)

Introduction : Présentation du code de la commande publique

Annoncé depuis de nombreuses années, le code de la commande publique, dont le contenu a fait l'objet d'un long de travail de rédaction et de concertation (dont une phase de consultation publique) est constitué de deux textes, regroupant au total 1747 articles, publiés au journal officiel du 5 décembre 2018 :

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

- L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.
- Le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

Ce code regroupe donc désormais l'ensemble des dispositions applicables aux contrats de commande publique, c'est à dire principalement les marchés et les concessions.

Les objectifs annoncés étaient la simplification et la rationalisation du droit de commande publique.

- Le code de la commande publique est ensuite structuré en **trois parties** :

- **La première partie** (article L.1100-1 et suivants), qui ne comporte que des dispositions de nature législative, donc issues de l'ordonnance, donne une définition des différentes catégories de contrats de la commande publique et des acteurs (pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices)
- **La deuxième partie** du code (articles L.2000-1 et R. 2100-1 à L.2691-2) est consacrée aux marchés. Outre un livre préliminaire, qui concerne les marchés publics mixtes, elle comprend 6 livres, dont le contenu est le suivant :
 - Livre 1 : Dispositions générales
 - Livre 2 : Dispositions propres aux marchés de partenariat
 - Livre 3 : Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité
 - Livre 4 : Dispositions propres aux marchés liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée
 - Livre 5 : Autres marchés publics (dont les marchés dits « *in house* »)
 - Livre 6 : Dispositions relatives à l'Outre-Mer

Le choix retenu pour la présentation des différentes procédures a été de se référer aux différentes étapes chronologiques de la vie du marché. Ainsi, sont exposées, dans l'ordre, les dispositions concernant :

- La préparation du marché
 - La procédure de passation
 - Les phases de dépôt et d'analyse des candidatures et des offres
 - L'achèvement de la procédure
 - l'exécution du marché
- **La troisième partie** (articles L. 3000-1et R.3111-1 à L. et R. 3381-3) concerne les contrats de concession.

Après les dispositions générales exposant les règles de préparation, de la procédure de passation, et d'exécution des contrats de concession, (livre 1), les règles relatives aux autres contrats de concession sont exposées dans le livre 2. Le livre 3 est quant à lui consacré aux dispositions relatives à l'Outre-Mer.

Tableau récapitulatif :

N° et intitulé de la partie	Contenu	N° articles
1^{ère} partie : Définitions et champ d'application	Définition des différentes catégories de contrats de la commande publique et des acteurs (pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices)	L 1100-1 et suivants
2^{ème} partie : Marchés publics	- Livre 1 : Dispositions générales - Livre 2 : Dispositions propres aux marchés de partenariat - Livre 3 : Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité - Livre 4 : Dispositions propres aux marchés liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée - Livre 5 : Autres marchés publics (dont les marchés dits « <i>in house</i> ») - Livre 6 : Dispositions relatives à l'Outre-Mer	L.2000-1 à L.2691-2 et R. 2100-1 et suivants
3^{ème} partie : Concessions	- Livre 1 : Dispositions générales (règles de préparation ; procédure de passation ; exécution) - Livre 2 : Règles relatives aux autres contrats de concession - Livre 3 : Dispositions relatives à l'Outre-Mer	L. 3000-1 et R.3111-1 à L. et R. 3381-3

Le principe retenu pour cette codification a été de travailler à droit constant. Ainsi, la compilation des différents textes au sein du code de la commande publique n'a pas vocation à comporter d'innovation juridique majeure.

Cette codification, si elle ne constitue donc pas, de ce fait, un bouleversement majeur des habitudes de travail du praticien de la commande publique, a néanmoins conduit à diminuer le nombre de sources législatives et réglementaires auxquelles il fallait se référer.

Ainsi, par exemple, la fameuse loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi « *MOP* » a été abrogée (à l'exception de son article 1^{er}). Les dispositions relatives aux marchés de maîtrise d'œuvre sont en effet désormais codifiées aux articles L et R.2410-1 et suivants du code.

De même, la majorité des dispositions réglementaires relatives aux délais de paiement, qui figuraient jusqu'alors dans les articles 1 à 11 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013, sont désormais codifiées au sein des articles R.2192-10 et suivants.

Ensuite, le travail de codification a conduit les auteurs des deux textes à intégrer des règles issues de la jurisprudence. C'est ainsi, par exemple, que les offres anormalement basses bénéficient désormais d'une définition précise, reprenant les termes issus de la jurisprudence, alors que l'article L.6 rappelle quant à lui un certain nombre de règles dégagées par le juge en matière de contrats administratifs, et qui s'appliquent aux contrats qui prennent cette forme. On y retrouve, par exemple, les prérogatives de puissance publique que sont les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale du contrat.

Avant de détailler les règles applicables aux différents contrats, le code de la commande publique procède enfin à un rappel des **principes fondamentaux de la commande publique** dans son article L.3 : égalité de traitement, liberté d'accès et transparence des procédures. Ce point est très important, puisque de jurisprudence constante, ces principes doivent être respectés par les personnes soumises aux règles de la commande publique, y compris pour les contrats qui seraient passés de manière « *allégée* » car considérés comme spécifiques.

Enfin, signalons que le CCP a déjà fait l'objet, quelques semaines après sa publication, de modifications.

C'est ainsi que le décret n°2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique permet, dans son article 1^{er}, le recours à titre expérimental et pour une période de trois ans à des marchés sans publicité ni mise en concurrence pour des travaux, fournitures ou services innovants d'un montant estimé inférieur à 100 000 euros HT.

Par ailleurs, plusieurs textes ont été adoptés à la fin de l'année 2019 (voir le détail en annexe).

1. La notion de marché public

La définition de l'article L.1111-1

Cet article dispose que :

« *Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* »

Il est intéressant, afin de mieux cerner la notion et de définir également ce qu'un marché public n'est pas, de décortiquer la définition retranscrite ci-dessus.

« **Un marché est un contrat...**».

Sans entrer dans des considérations trop juridiques, cette terminologie vient nous rappeler un élément fondamental : pour qu'il y ait marché public, la présence d'un accord contractuel, donc d'un accord de volontés, est obligatoire.

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Aux termes de l'article 1101 du code civil :

« Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

A contrario donc, des actes unilatéraux ne sauraient donc être qualifiés de marchés publics.

C'est le cas, par exemple, des décisions de subventions accordées par les personnes publiques, qui sont définies par la loi (article 9-1 de la loi N° 2000-321 du 12 avril 2000 créé par la loi du 2014-856 du 31 juillet 2014) comme des « *contributions facultatives de toute nature* » et donc accordées de manière discrétionnaire et en principe sans contrepartie, à des structures privées, en général associatives.

L'ordonnance de 2015 précitée était d'ailleurs venue confirmer explicitement ce point, puisque son article 7 prévoyait bien que les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 ne sont pas des marchés publics soumis à cette ordonnance. Ces dispositions ont été reprises dans le CCP, puisque l'article L 1100-1 prévoit que :

« Ne sont pas soumis au présent code, outre les contrats de travail, les contrats ou conventions ayant pour objet :

(...) 2° Les subventions définies à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; » (...)

Cependant, certaines situations, bien connues de tous les acteurs locaux, peuvent être beaucoup plus ambiguës en droit : il s'agit des cas où l'origine du projet subventionné n'est en réalité pas privée mais bien publique et/ou le versement des fonds fait l'objet, en échange, de prestations de services précises rendues par la structure associative à la personne publique. Dans ces hypothèses, le risque de requalification en marché public est donc très significatif.

« ...conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code »

Les « *acheteurs* » soumis au respect du CCP sont définis par le livre II de ce texte.

On peut les classer en **deux grandes catégories** :

- **Les pouvoirs adjudicateurs** (article L 1211-1). Il s'agit :
 - Des personnes morales de droit public ;
 - Des personnes morales de droit privé qui ont été créées 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 ;
 - b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

- 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 ;
- Des organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.
- **Les entités adjudicatrices** (article L 1212-1). Il s'agit :
 - Des pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux
 - Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux (gaz, électricité, eau potable, transports, ...)
 - Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réservier l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

Remarque : La notion d'acheteur étant entendu largement, les Sociétés d'Economie Mixte (SEM) et sociétés publiques locales (SPL), sont soumises au respect des règles du CCP.

Les acheteurs peuvent procéder à leurs achats **seuls ou à plusieurs**.

Dans cette seconde hypothèse, l'achat pourra être effectué par une centrale d'achat (articles L 2113-2 à L 2113-5) ou par des groupements de commandes (articles L 2113-6 à L 2113-8).

« ...Avec un ou plusieurs opérateurs économiques... »

L'opérateur économique est, selon l'article L 1220-1 du CCP, une personne physique ou morale, publique ou privée, ou un groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Il est, selon le stade d'avancement de la procédure de passation, soit un « *candidat* », soit un « *soumissionnaire* » (quand il remis une offre).

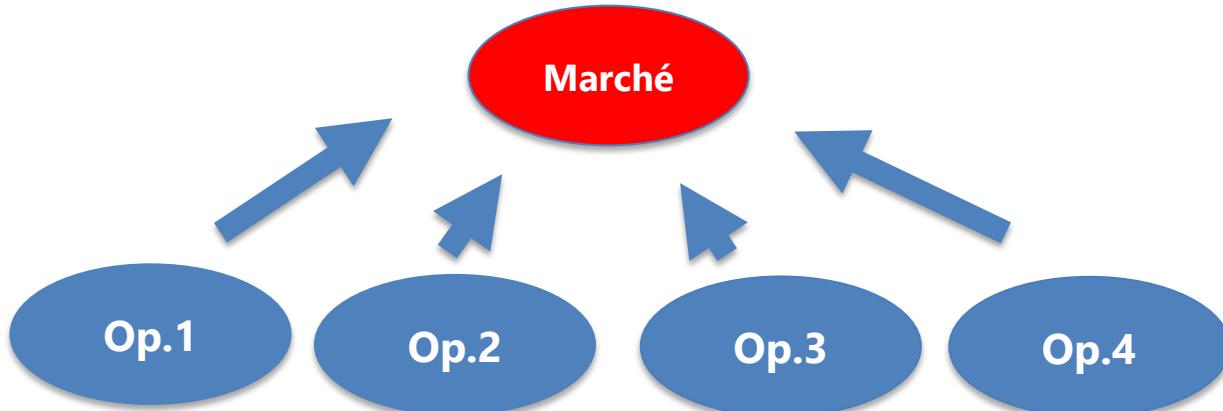
Deux remarques importantes :

- **Il importe peu que le contrat soit conclu avec une personne publique ou privée :** autrement dit, sauf exception, un contrat répondant à la définition ci-dessus et conclu par une personne publique avec une autre personne publique sera qualifié de marché public.

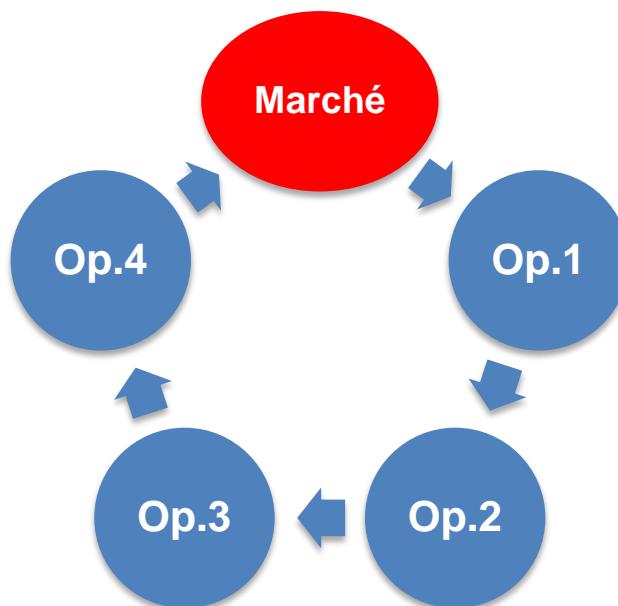
MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

- La notion de « *plusieurs opérateurs économiques* » renvoie à la possibilité donnée à ces derniers de se **grouper**, sous forme conjointe ou solidaire, en application des articles R 2142-19 à R 2142-27 du CCP.

Le groupement est **conjoint** lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public :



Le groupement est **solidaire** lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public :



« ...Pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services... »

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Les besoins de l'acheteur sont donc classés en trois catégories : travaux, fournitures et services. Ces trois objets sont respectivement définis aux articles L 1111-2, L 1111-3 et L 1111-4 du CCP.

Dans l'hypothèse où un marché porte sur un objet mixte, il convient de se référer à l'objet principal du contrat.

Ainsi, logiquement, selon l'article L 1111-5 :

- Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.
- Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

« ...**en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent** ».

Un marché public suppose qu'une charge pèse sur l'acheteur, en contrepartie de la prestation rendue.

Dans la très grande majorité des cas, le marché donnera lieu au paiement d'un prix. Néanmoins, le juge administratif a été amené à reconnaître, dans certains cas, le caractère de marché public à des contrats consistant non en un versement d'une rémunération, mais en un abandon de recettes (cas, parfois, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter du mobilier urbain, plus précisément des abris-bus, en se rémunérant sur les recettes publicitaires : voir en ce sens *CE, Ass. 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux n° 247298*, même si la jurisprudence est désormais plus subtile et complexe que cela...).

Peu importe donc finalement, la nature exacte de la contrepartie, d'autant plus que désormais, l'article L.1111-1 précité précise bien que cette dernière peut- être constituée d'un prix « **ou de tout équivalent** ».

Il est également important de rappeler que :

- Les prestations qu'une personne publique pourrait obtenir à titre gratuit ne pourront pas être qualifiées de marché public.
- Le fait de confier l'exercice d'une prestation à autrui en mettant à sa charge un risque d'exploitation ne revêtira pas la forme d'un marché public mais bien celui d'une concession au sens de l'article L 1121-1 du code selon lequel :

*« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, **à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service**, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.*

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés ».

Focus : la définition du marché de travaux

Si la définition des marchés de fournitures et des services n'appelle pas de commentaire particulier, il en va différemment de celle relative aux marchés de travaux, qui a été sensiblement modifiée par l'ordonnance de 2015 précitée.

L'article L 1111-2 du CCP, reprenant cette formulation, dispose en effet que

« Un marché de travaux a pour objet :
1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;
*2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un **ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.***
Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

Ainsi, alors que, sous l'ancien code des marchés publics, la qualification de marché public était, en matière de travaux, conditionnée par l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le pouvoir adjudicateur et à l'application de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (dite loi « MOP »), elle est aujourd'hui reliée à la seule notion de réponse aux exigences de l'acheteur et à son influence déterminante.

Autrement dit, au regard de ces dispositions, **il n'est pas nécessaire que pour être qualifiée de marché public de travaux, l'opération soit menée sous maîtrise d'ouvrage publique** : à partir du moment où l'opération, même à supposer qu'elle soit conduite par une personne privée, est de nature à répondre aux besoins de l'acheteur et que ce dernier exerce donc une influence « déterminante », le contrat sera requalifiable en marché public de travaux.

Notons tout de même que si cette terminologie a été insérée dans notre droit positif par l'ordonnance de 2015, elle ne fait finalement que formaliser, logiquement, des décisions jurisprudentielles antérieures qui, s'appuyant sur la directive européenne 2004/18/CE notamment, ont requalifié en marché public des cessions foncières avec charges ou des contrats de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), dès lors que dans le cadre de ces contrats conclus avec des opérateurs privés, des spécifications étaient

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

imposées par la personne publique (voir en ce sens notamment *CAA Marseille, 25 février 2010, commune de Rognes, n° 07MA03620*).

Le critère qui prédomine est donc la finalité de l'ouvrage et non la dimension organique.

En synthèse, les éléments permettant de reconnaître un marché public ou au contraire d'en écarter l'existence peuvent être présentés comme suit

Ce qu'est un marché public/ ce qu'il n'est pas :

Marché Public	Pas de marché public
Contrat	Acte unilatéral (exemple : subvention, sauf si critères conduisant à une requalification)
Paiement prix ou abandon de recettes	- Délégation d'un service public avec risque d'exploitation - Prestation gratuite
Contrat conclu par un acheteur soumis au code pour répondre à ses besoins, soit directement, soit indirectement (marché de travaux)	Contrat conclu par un acheteur non soumis au code

Par ailleurs, rappelons qu'il est tout à fait certain à la lecture de l'article L 1100-1 du code, que ne sont pas soumis aux règles de ce dernier :

- Les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ;
- Les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 susvisée
- Les contrats de travail.
- Les occupations domaniales (ces dernières relevant, pour leur passation, du code général des propriétés des personnes publiques).

En conclusion, sur cette partie : les contrats passés par un acheteur soumis au CCP sont des marchés publics lorsque les critères de définition de ce même article sont réunis.

Pour autant, Il faut bien comprendre que certains contrats, même quand ils constituent des marchés publics, peuvent néanmoins bénéficier d'un régime particulier (allégé) pour leur passation.

2. Les marchés spécifiques dits « autres marchés »

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

En principe, les marchés répondant à la définition ci-dessus sont soumis à toutes les dispositions du CCP.

Cependant, ce principe comporte quelques exceptions sur lesquelles il convient de s'arrêter : certains marchés sont en effet soumis à moins de contraintes pour leur passation, du fait de la qualité des cocontractants (2.1). D'autres le sont du fait de leur objet (2.2)

2.1 Les marchés spécifiques du fait de la qualité des cocontractants

Les liens organiques entre les cocontractants peuvent avoir pour conséquence d'exclure l'application des principales règles de la commande publique (publicité et mise en concurrence). Plusieurs cas de figure sont listés par les textes avec comme point commun le fait que les entités concernées appartiennent au secteur public.

(NB : Pour plus de détails sur cette question, voir la fiche « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public » publiée par la Direction des Affaires actualisée le 1^{er} avril 2019, consultable sur le site www.economie.gouv.fr et sur laquelle nous nous appuyons pour la rédaction de cette partie).

2.1.1 La Quasi-régie

On peut tenter de synthétiser le raisonnement, issu de la jurisprudence communautaire et repris dans le CCP de la manière suivante :

S'il est logique de soumettre les achats passés par les différents pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices au respect de principes généraux et, au-delà de certains seuils financiers, à des procédures particulières de passation, cette règle ne saurait opportunément s'appliquer aux contrats passés entre ces mêmes personnes et des entités ne constituant que le **simple prolongement des premières** (voir notamment à ce sujet CJUE, 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98) Il s'agit en effet de contrats dits « **in house** », c'est à dire conclus en interne et qui, finalement, ne sont considérés à ce titre que comme des mesures d'organisation interne, rendant ainsi toute mesure de concurrence ou de publicité inutile et même sans objet.

Les articles L 2511-1 à L 2511-5 du CCP précisent ce mode de fonctionnement, sous la terminologie de « *quasi-régie* », dans les conditions qui suivent.

A. Les conditions

Le texte de l'article L 2511-1 dispose que l'ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, à une personne morale de droit public ou de droit privé, lorsque **trois conditions** sont réunies :

1. **Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son contractant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.**

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

De quoi s'agit-il ? cette notion est précisée dans le même article, qui dispose que « *Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* ».

A ce titre, la détention de la totalité du capital de l'entité par le pouvoir adjudicateur, s'il est un indice fort de contrôle analogue, n'est pas pour autant suffisant en soit.

Il est en effet impératif qu'au-delà de cette dimension formelle, le pouvoir adjudicateur ait dans les faits une influence déterminante sur les décisions majeures de l'entité (par exemple en détenant la majorité des sièges dans les organes de direction) et que, corrélativement, l'entité ne bénéficie pas de marge de manœuvre dans son fonctionnement.

2. L'entité cocontractante du pouvoir adjudicateur doit réaliser plus de 80% de son activité pour le compte de ce dernier

Pour être considérée comme un simple prolongement administratif de la personne publique, la très grande majorité de l'activité de l'entité contrôlée doit être dédiée de fait à cette personne publique (plus de 80 % de cette activité dit le texte) ou à un autre pouvoir adjudicateur qui la contrôle.

La part d'activité pour le compte de tiers (dans le secteur concurrentiel donc), doit par conséquent être marginale.

3. Toute participation privée au capital de l'entité doit en principe être exclue

La qualification de quasi régie est en principe exclue pour les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs avec des sociétés dont le capital est détenu **au moins pour partie par des actionnaires privés**.

Cependant, cette règle ne s'applique pas aux formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Notons à ce sujet que s'agissant des sociétés d'économie mixte (SEM), qui sont des sociétés commerciales à capital majoritairement public mais avec un minimum d'actionnariat privé requis, elles ne sont *a priori* pas considérées comme une forme de participation requise par la loi nationale. En effet, si un pourcentage minimum de capitaux privés est bien obligatoire, rien ne contraint pour autant les pouvoirs adjudicateurs à créer ce type de structures.

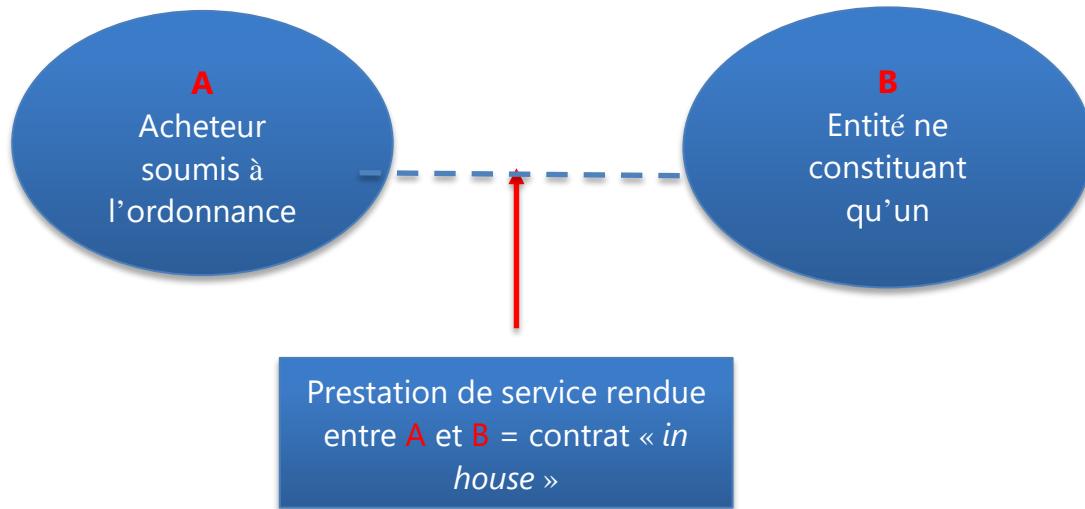
Par conséquent, les relations contractuelles entre **un pouvoir adjudicateur et une SEM** dont il est actionnaire, même majoritaire, ne devraient pas pouvoir être qualifiées de contrat en quasi régie, **au contraire de celles concernant les sociétés publiques (SPL) ou sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)**, respectivement mentionnées aux articles L.1531-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) et L.327-1 du

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

code de l'urbanisme, dont le capital est exclusivement public (à condition bien entendu que les autres conditions mentionnées ci-dessus soient remplies).

Néanmoins, ce point est à ce jour débattu en droit.

Schéma de synthèse d'une situation « in house » :



B. Les différentes situations de quasi régie possibles

Attention ! en dehors du cas assez classique du contrat de quasi régie dit « descendant », par lequel un pouvoir adjudicateur va contracter avec l'entité qu'il contrôle, d'autres situations envisageables et listées par les articles L 2511-2 à L 2511-5 du code.

Elles sont illustrées, de manière très claire et pédagogique, dans l'annexe de la fiche de la DAJ précitée (jointe en annexe).

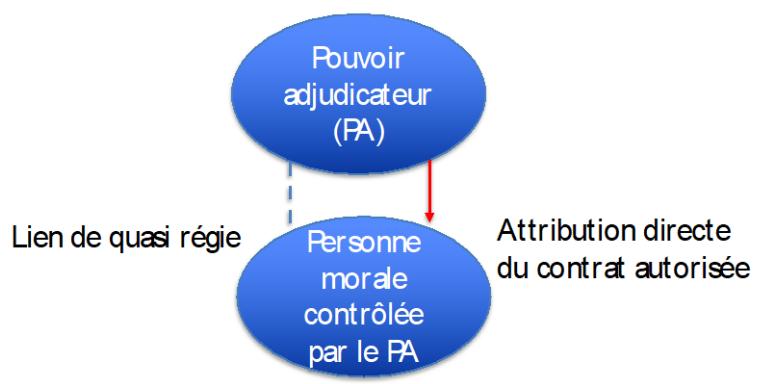
Il s'agit de :

- La quasi-régie simple « ascendante »
- La quasi-régie « descendante en cascade »
- La quasi-régie conjointe « descendante »
- La quasi-régie conjointe « ascendante »
- La quasi-régie simple « horizontale ».

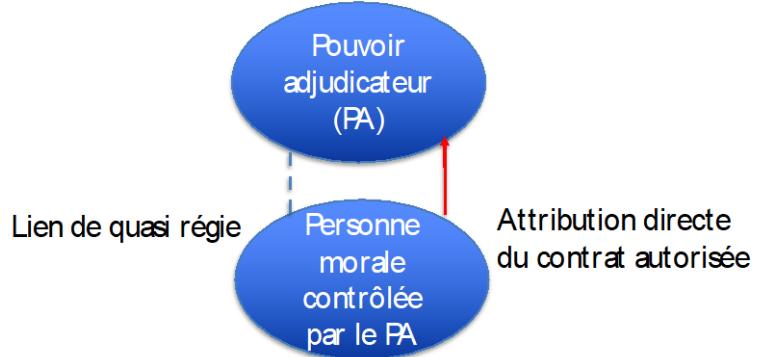
Les 2 principales situations de quasi-régie possibles

Source : fiche DAJ « les contrats entre personnes du secteur public »

Hypothèse 1 :
quasi-régie simple
« descendante »



Hypothèse 2 :
quasi-régie simple
« ascendante »



2.1.2 La coopération entre pouvoirs adjudicateurs

En application de l'article L 2511-6 du CCP, les règles habituelles de mise en concurrence et de publicité ne s'appliquent pas non plus aux contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices mettent en œuvre une coopération, afin que les services dont ils ont la responsabilité soient réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.

Contrairement à la situation de quasi-régie ou, *de facto*, un des deux cocontractants est en situation d'entité contrôlée, il s'agit ici d'une relation de coopération, sans contrôle de l'un sur l'autre.

Pour cela, deux conditions doivent être réunies :

- La coopération mise en œuvre ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt général
- Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.

2.2 Les marchés spécifiques du fait de leur objet

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Au regard de leur objet, qui ne se prête pas à une mise en concurrence, certains marchés sont également exonérés des règles de publicité et de mise en concurrence.

En plus des marchés conclus en application de règles internationales (articles L 2512-1 et L 2512-2) de ceux liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat (article L 2512-3) et des marchés de défense et de sécurité (article L 2515-1), ces marchés, dénommés « *autres marchés* », sont listés aux articles L 2512-4 et L 2512-5 du code.

Il s'agit des marchés suivants :

- Marchés de services conclus avec un acheteur soumis au CCP lorsque celui-ci bénéficie, en vertu 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.
- Les services d'acquisition ou de 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 services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.
- Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges.
- Les services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro.
- Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers.
- Les contrats d'emprunt.
- Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif :
 - Les marchés publics de services d'incendie et de secours ;
 - Les marchés publics de services de protection civile ;
 - Les marchés publics de services de sécurité nucléaire ;
 - Les marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients.
- Les services juridiques suivants :
 - Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
 - Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
 - Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique.

Par ailleurs, les articles L 2513-1 à L 2513-5 listent les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs qui bénéficient de la même exonération des règles de mise en concurrence (par exemple les marchés pour l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou les services postaux) et les articles L 2514-1 à L 2514-5 visent ceux passés par les entités adjudicatrices.

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Tous les marchés précités ont en commun de n'être assujettis qu'aux règles prévues par le titre II du livre V « *autres marchés publics* », c'est à dire aux règles relatives aux délais de paiement et à celles qui concernent la sous-traitance. Pour le reste, les dispositions figurant dans le CCP ne s'appliquent pas à ces marchés. Ils ne sont néanmoins plus exclus du champ d'application des textes, comme ceci était le cas avec l'ordonnance de 2015.

Mais attention, le Conseil d'Etat, lors de l'examen du code, a rappelé que, conformément à la jurisprudence, les principes fondamentaux de l'article L3 peuvent néanmoins trouver à s'appliquer, selon des modalités qui doivent être définies par les acteurs de la commande publique.

Enfin, rappelons que le décret n°2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique permet, dans son article 1^{er}, le recours à titre expérimental et pour une période de trois ans à des marchés sans publicité ni mise en concurrence pour des travaux, fournitures ou services innovants d'un montant estimé inférieur à 100 000 euros HT.

En conclusion, sur cette partie : certains marchés publics, bien que devant être qualifiés comme tels, sont néanmoins exonérés, soit du fait de la nature des cocontractants, soit du fait de leur objet, des règles de publicité et de mise en concurrence normalement applicables.

Enfin, il convient de s'arrêter sur un autre point important : tous les marchés publics ne sont pas conclus au terme des mêmes procédures de passation, comme ceci sera détaillé dans les séquences ultérieures. Il ne faut donc pas confondre la notion de marché public avec la procédure de passation de ce marché.

3. Rappel : la Distinction entre notion de marché public et procédures de passation

Le fait qu'un contrat soit qualifié de marché public ne signifie pas pour autant qu'il soit toujours conclu de la même manière : le CCP prévoit ainsi des procédures de passation qui varient selon les seuils financiers du marché (souvent) ou au regard de l'objet de ce dernier (parfois).

Il convient donc ici, au risque de réaffirmer une vérité (qui pourra apparaître comme une banalité pour certains) : tous les contrats, quelques soient leurs montants, qui répondent à la définition de l'article L 1111-1 du CCP précité, sont des marchés publics.

Prenons un exemple volontairement caricatural pour illustrer notre propos : l'achat d'un stylo au prix de 1,40 euros HT par une commune. Cet acte est juridiquement autant un marché public (de fournitures en l'espèce) qu'est un marché public le marché de travaux passé pour la construction d'un musée par un conseil régional au prix de 7,5 Millions d'euros...

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Ces deux contrats ont donc **des points communs** et notamment :

- Le fait que ce sont tous deux des contrats administratifs
- Le fait qu'ils soient soumis aux **principes fondamentaux de la commande publique** rappelés à l'article L 3 du code :
 - L'égalité de traitement des candidats
 - La liberté d'accès à la commande publique
 - La transparence des procédures

Ces principes étant destinés à assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Mais ils vont diverger très nettement quant à la **procédure de passation** qui va devoir être observée par l'acheteur :

- Possibilité de commande sans procédure de mise en concurrence et de publicité (article R 2122-8) et exonération de contrat écrit (article R 2112-1) pour l'achat du stylo¹,
- Obligation de suivre une procédure dite formalisée pour le marché de travaux, en application de l'article L 2124-1, le montant financier prévisionnel étant supérieur au seuil européen en vigueur (5 350 000 € HT).

Points communs	Différences
Ce sont des tous les 2 des marchés publics, donc des contrats administratifs	Achat du stylo : possibilité de commande sans mise en concurrence ni publicité (article R 2122-8) et sans contrat écrit (article 2112-1)
Ils sont soumis tous les 2 au respect des principes fondamentaux de la commande publique (article L3)	Construction musée : obligation de suivre une procédure formalisée en application de l'article L 2124-1 (car montant supérieur au seuil de 5 350 000 € HT)

4. Ce qu'il faut retenir

1. Le code de la commande publique est constitué de deux textes publiés au journal officiel du 5 décembre 2018 :

¹ Sauf naturellement si cet objet est inclus plus largement dans une catégorie de fournitures « *homogènes* » au sens de l'article R 2121-6 du code, mais partons du principe que tel n'est pas le cas, pour les besoins de l'exposé...

- L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

- Le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

Ce code regroupe donc désormais l'ensemble des dispositions applicables aux contrats de commande publique, c'est à dire principalement les marchés et les concessions.

2. L'article L.1111-1 donne une définition de la notion de marché public

Cet article dispose que :

« Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent »

- « **Un marché est un contrat...** ».

A contrario donc, des actes unilatéraux (comme les subventions par exemple) ne seraient donc pas qualifiés de marchés publics. Cependant, parfois, une requalification des subventions en marché public est possible

- « **...conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code** »

Les « acheteurs » soumis au respect du CCP sont définis par le livre II de ce texte.

On peut les classer en **deux grandes catégories** :

- Les pouvoirs adjudicateurs (article L 1211-1)
- Les entités adjudicatrices (article L 1212-1)

- « **...Avec un ou plusieurs opérateurs économiques...** »

L'opérateur économique est, selon l'article L 1220-1 du CCP, une personne physique ou morale, publique ou privée, ou un groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

- La notion de « *plusieurs opérateurs économiques* » renvoie à la possibilité donnée à ces derniers de se **groupier**, sous forme conjointe ou solidaire.

- « **...Pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services...** »

Les besoins de l'acheteur sont donc classés en trois catégories : travaux, fournitures et services. Ces trois objets sont respectivement définis aux articles L 1111-2, L 1111-3 et L 1111-4 du CCP.

- « **...en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent** ».

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Un marché public suppose qu'une charge pèse sur l'acheteur, en contrepartie de la prestation rendue.

Dans la très grande majorité des cas, le marché donnera lieu au paiement d'un prix.

Par conséquent :

- Les prestations qu'une personne publique pourrait obtenir à titre gratuit ne pourront pas être qualifiées de marché public.

- Le fait de confier l'exercice d'une prestation à autrui en mettant à sa charge un risque d'exploitation ne revêtira pas la forme d'un marché public mais bien celui d'une concession au sens de l'article L 1121-1 du code

3. Les marchés spécifiques

Certains contrats, même quand ils constituent des marchés publics, peuvent néanmoins bénéficier d'un régime particulier pour leur passation. Ils ne sont pas soumis aux règles classiques de publicité et de mise en concurrence.

Il s'agit :

- Des marchés spécifiques du fait de la qualité des cocontractants (Quasi régie et coopération entre pouvoirs adjudicateurs)
- Des marchés spécifiques du fait de leur objet (qui ne se prête pas à une mise en concurrence) : articles L 2512-4 et L 2512-5.

4. Distinction entre notion de marché public et procédures de passation

Le fait qu'un contrat soit qualifié de marché public ne signifie pas pour autant qu'il soit toujours conclu de la même manière : le CCP prévoit ainsi des procédures de passation qui varient selon les seuils financiers du marché (souvent) ou au regard de l'objet de ce dernier (parfois).

Par conséquent, il faut rappeler que tous les contrats, quelques soient leurs montants, qui répondent à la définition de l'article L 1111-1 du CCP, sont des marchés publics.

Annexe : fiche publiée par la Direction des Affaires Juridiques en date du 21 juin 2016, consultable sur le site www.economie.gouv.fr