

La note 41 - mai 2004

44bis, rue Pasquier - 75008 Paris • téléphone : 01.42.93.35.25 •
télécopie : 01.42.93.35.28 • mél : courrier@cabinet-comptes.com ;
site : www.cabinet-comptes.com • s.a.r.l. au capital de 45.000 €
d'expertise comptable et de commissariat aux comptes • région
Paris et Île-de-France • R.C.S. de Paris • S.I.R.E.N.E. : 394.245.443 •

Mai 2004

LE DERNIER CODE DES MARCHÉS PUBLICS ET LES SEML

Introduction

L'évolution, tant de la jurisprudence que de la réglementation, est constante. Et le dernier (l'on ne saurait parler de nouveau, puisqu'ils sont si nombreux...) code des marchés publics (décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004) apporte son lot de modifications.

En leur qualité d'utilisatrice de ces règles, les sociétés d'économie mixte locales sont concernées et cette note dresse un état sommaire de leurs obligations en la matière.

Les principes de passation des contrats des SEML

La pratique distingue, dans les contrats conclus par les SEML (sociétés d'économie mixte locales) :

- Les contrats d'amont qui sont passés entre les SEML et les collectivités territoriales et qui permettent à ces sociétés d'exercer leur activité. Il peut s'agir de mandats (de la loi « MOP » ou relevant d'un autre texte), de conventions d'aménagement (les concessions d'aménagement devenues, depuis la loi « SRU », des conventions publiques d'aménagement ou bien encore de conventions privées d'aménagement), de délégations de service public ou même encore de prestations de services.
- Les contrats d'aval qui sont passés entre la SEML et ses fournisseurs pour mener son activité, par exemple : les marchés avec les entreprises ou les bureaux d'études pour la réalisation des opérations dont elles ont la charge, la location ou l'achat des bureaux, des photocopieurs...

Comme les SEML sont à la fois publiques et privées, elles sont soumises, pour la passation de leurs contrats, à des règles précises.

Les contrats d'amont

Les contrats entre les SEML et les collectivités territoriales qui sont les « donneurs d'ordres » sont soumis, selon leur nature, à différentes formalités de passation et d'exécution.

- Dans certains cas, les SEML peuvent contracter avec les collectivités territoriales en toute liberté.
 - C'est le cas pour les contrats d'aménagement, qu'il s'agisse des conventions privées ou publiques d'aménagement (anciennement les conventions et les concessions d'aménagement). Il faut cependant noter que cette règle qui est appliquée en France est contestée à l'échelle européenne.
 - Plus délicat est le point de savoir si une SEML, titulaire d'une convention publique d'aménagement, peut librement contracter avec la collectivité initiatrice de l'opération pour lui fournir des prestations de services se rattachant à cette opération. Le texte même de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme qui a été modifié par la loi « SRU » et celle de modernisation des SEML le laisse supposer.
 - L'article 3, 1° du dernier code prévoit que n'est pas un marché public le contrat passé avec une entreprise dont la personne publique assure le contrôle. Si, véritablement, l'on considère que les SEML relèvent de ce cas, alors les contrats conclus avec les collectivités publiques échapperaient au code des marchés publics. Mais l'on se souvient que le Conseil constitutionnel avait cassé une

disposition de la loi « Sapin » qui prévoyait que les SEML seraient exclues des règles de passation des délégations de service public au motif d'une atteinte à la concurrence. Ce point est donc bien incertain, d'autant que la jurisprudence sur les entreprises « in house » (pour faire moderne) est bien restrictive.

- Dans d'autres cas, les SEML (ou les collectivités territoriales) ne sont obligées que d'accomplir des formalités tenant au prix. Il en va tout spécialement ainsi pour ce qui concerne les acquisitions immobilières des SEML qui sont l'objet d'un avis préalable du service des domaines (décret n° 86-455 du 14 mars 1986).
- Lorsque le contrat prend la qualification de « délégation de service public », il ne peut être conclu (quoique librement) qu'après des formalités de publicité et selon une procédure qui avait été fixée par la loi « Sapin ».
- Dans certains contrats enfin, les SEML fournissent aux collectivités territoriales des prestations qui sont considérées comme relevant normalement du secteur marchand. Elles entrent alors en concurrence avec d'autres entreprises privées et les contrats relèvent pleinement du code des marchés publics ; la SEML n'est alors qu'une entreprise comme les autres.
 - Tel est notamment le cas des prestations de services informatiques (les SEML informatiques) ou des études d'urbanisme ou d'aménagement (sous réserve de la loi « SRU »).
 - Avec le précédent code des marchés publics (celui du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001), tous les contrats de mandats confiés à une SEML (mandats de la loi « MOP », de la loi « Hoguet » ou du code de l'urbanisme pour les opérations d'aménagement) échappaient au code des marchés publics. Mais l'on se souvient aussi que le Conseil d'Etat avait, le 5 mars 2003, remis en cause cette disposition. Le dernier code des marchés publics s'aligne ainsi sur la position du conseil d'Etat et conserve dans son champ d'application les mandats.

Les contrats d'aval

Les contrats que les SEML concluent avec différentes entreprises pour exécuter les missions dont elles sont chargées par les collectivités ou qui leur sont propres répondent aussi à des contraintes de publicité et de passation. L'on peut, en gros, distinguer deux cas.

- Si la SEML agit en qualité de mandataire d'une personne morale de droit public qui est, elle-même soumise aux contraintes du code des marchés publics, elle doit alors respecter et appliquer les règles qui valent pour le mandant.
- Si la SEML agit pour son propre compte, elle reste néanmoins soumise à des obligations de publicité et de passation pour certains marchés.

Cette obligation a un double fondement.

- Elle découle d'abord de la réglementation européenne transposée en droit français par la loi de 1991, étant donné que les SEML ont des organes de gestion composés, en majorité, de personnes publiques.
- Elle a également été imposée par la loi « Sapin » de 1993, pour certains contrats des SEML.

La SEML mandataire

Le dernier code des marchés publics prévoit les dispositions suivantes, pour la passation des contrats d'aval.

Il est précisé que ces règles qui valent pour le mandataire d'un acheteur public valent aussi pour tous les acheteurs publics.

Avis de pré-information

Des obligations sont imposées aux acheteurs lorsque les marchés dépassent certains seuils : ces obligations portent sur l'émission d'un avis de pré-information et sur un appel à la concurrence à l'échelle européenne.

Ces obligations sont résumées dans le tableau ci-dessous (article 39 du dernier code).

Objet du marché	Seuils €, H.T.	Commentaires
Fournitures Services	750.000	À adresser en début d'année en évaluant les produits ou services susceptibles de marchés dans les 12 mois.
Travaux	5.900.000	À adresser après la décision de réaliser le programme.

Publicité

En fonction de l'importance des marchés, des obligations de publicité sont prévues : elles sont résumées dans le tableau suivant.

Objet du marché	Seuils (€ H.T.)		Publicité
	État	Collectivités territoriales	
Fournitures Services	< 90.000		Au choix de l'acheteur, mais obligatoire
	> 90.000 < 150.000	> 90.000 < 230.000	BOAMP ou JAL obligatoire, plus autre, au choix de l'acheteur
	> 150.000	> 230.000	BOAMP et JOUE
Travaux	< 90.000		Au choix de l'acheteur, mais obligatoire
	> 90.000 & < 5.900.000		BOAMP ou JAL obligatoire, plus autre, au choix de l'acheteur
	> 5.900.000		BOAMP et JOUE

Procédures de mise en concurrence

Le tableau qui suit présente les contraintes qui pèsent sur le choix de la procédure à retenir, en fonction des seuils atteints.

Objet du marché	Seuils (€ H.T.)		Procédure
	État	Collectivités territoriales	
Fournitures Services	< 150.000	< 230.000	Adaptée
	> 150.000	> 230.000	L'appel d'offres est la règle avec, si les conditions sont remplies, possibilité de recourir aux autres procédures, générales ou spécifiques.
Travaux	< 150.000	< 230.000	Adaptée
	> 230.000 & < 5.900.000		Choix parmi l'une des procédures formalisées suivantes : appel d'offres, négociée ou dialogue compétitif.
	> 5.900.000		Appel d'offres de règle avec, si les conditions sont remplies, faculté de recourir à : négociation, dialogue compétitif ou conception réalisation.

Le dernier code des marchés publics distingue deux sortes de procédures de passation des marchés :

- l'adaptée qui laisse à l'acheteur le soin de fixer les modalités de mise en concurrence ;
- les procédures formalisées qui organisent cette mise en concurrence sont :
 - procédures générales : appel d'offres, la négociation ou le dialogue compétitif ;

- procédures spécifiques : la conception réalisation, le concours, le marché de définition, la décoration des constructions publiques, la communication ou les marchés fractionnés.

La SEML, agissant pour son propre compte

Pour ce qui concerne les obligations découlant de la loi de 1991, le nouveau code des marchés publics n'apporte aucune précision sur les marchés des SEML. Rappelons que la situation actuelle est la suivante :

Objet du marché	Seuils en €	Obligations
Fournitures Services	< 200.000 H.T.	Néant
	> 200.000 H.T.	Publicité Mise en concurrence
Travaux	< 5.000.000 H.T.	Néant
	> 5.000.000 H.T.	Publicité Mise en concurrence

S'agissant des obligations imposées par la loi « Sapin » de 1993, l'on distingue deux catégories de SEML.

- Pour les SEML de construction et de gestion de logements sociaux, l'ensemble de leurs contrats sont soumis à des règles de publicité et de passation (l'arrêt du Conseil d'État du 13 mars 1998 a cassé les restrictions de l'article R. 433-5 du CCH qui réservait ces mesures aux seuls contrats relatifs à des logements aidés par l'État).
- Pour les SEML autres que celles de construction et de gestion de logements sociaux, les mêmes règles s'appliquent mais seulement pour les contrats suivants :
 - s'ils portent sur des travaux, des études ou de la maîtrise d'œuvre ;
 - s'ils sont conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les SEML en leur nom ou pour le compte de personnes publiques.

Le dernier code des marchés publics n'apporte aucune précision sur le sort à réserver à ces contrats conclus par les SEML. Il faut encore attendre la parution d'autres textes pour savoir si les seuils qui étaient prévus par l'article 104 du code des marchés publics abrogé en 2001 sont susceptibles d'évolution (la FNSEM avait envisagé € 200.000 H.T.)

Objet du contrat	Seuils en € et T.T.C.	Procédure
Tous	< 106.714	Libre
	> 106.714	Appel d'offres Marché négocié (cas limités)

Comptes

