



Le statut préférentiel des artisans dans le droit des marchés publics



Le droit des marchés publics est un droit qui se veut « neutre ». C'est la raison pour laquelle le principe d'égalité de traitement des candidats joue un rôle fondamental dans la mise en œuvre des procédures de passation des marchés publics. Il contribue à l'objectif d'une utilisation optimale des deniers publics qui passe par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse laquelle dépend d'une concurrence la plus large possible entre les opérateurs économiques sans l'ombre d'une discrimination. Il est également le fil directeur d'une jurisprudence très ferme qui s'oppose à la tentation que la commande publique soit l'instrument d'une politique en faveur d'une catégorie donnée d'entrepreneurs . Mais le Conseil constitutionnel a admis que la réglementation pouvait prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats . Les différences de traitement entre les candidats ne sont donc pas interdites, du moins en droit interne. C'est ainsi que les différents codes des marchés publics qui se sont succédés depuis 1964 ont toujours prévus un certain nombre de dérogations à l'égalité de traitement entre les candidats au profit des artisans ou sociétés coopératives d'artisans sous la forme d'un droit de préférence. Ce système de préférence bien qu'il ne soit pas prévu par le droit communautaire perdure depuis presque cinquante ans sans qu'il n'ait jamais été remis en cause lors des réformes successives .

Le régime du « droit de préférence » à égalité de prix ou à équivalence d'offres

L'article 53-IV-1° du Code des marchés publics prévoit qu'un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par un artisan ou une société coopérative d'artisans. Il est vrai que la Cour de Justice européenne a été saisie d'une question préjudicielle sur la compatibilité de ce régime avec l'article 19 de la directive 2004/18 qui paraît limiter les dérogations au principe d'égalité de traitement uniquement au profit des ateliers protégés . Mais la procédure n'a jamais aboutit. Le droit de préférence au profit des artisans n'a donc jamais été déclaré contraire au droit communautaire.

Le même constat s'impose en droit interne puisque dans sa décision du 6 décembre 2001, le Conseil constitutionnel a simplement déclaré contraire à la Constitution la tentative de restauration du « quart réservataire » au profit des structures coopératives et associatives menant une activité d'insertion.

A ce jour, le dispositif préférentiel institué en faveur des artisans par le code des marchés publics est donc parfaitement conforme la réglementation nationale et communautaire. C'est la raison pour laquelle le juge des référés précontractuels n'hésite plus à vérifier le respect de ce dispositif dérogatoire par les pouvoirs adjudicateurs .

Le régime du « quart préférentiel » en faveur des artisans

L'article 53-IV-2° du Code des marchés publics prévoit quant à lui que lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans, des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, les pouvoirs adjudicateurs doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans. Ce régime du « quart préférentiel » a vocation à s'appliquer à tous les marchés quelque soit leur objet. Ce dispositif impose au pouvoir adjudicateur de définir, préalablement à la mise en concurrence, les prestations qui sont susceptibles d'être confiées aux artisans. Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de sanctionner une procédure de passation d'un marché d'électrification dans laquelle le pouvoir adjudicateur s'est abstenu d'appliquer ces dispositions en considérant : « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les travaux d'électrification en cause ne pouvaient être exécutés pour tout ou partie par des artisans [...]; qu'ainsi le syndicat était tenu de définir les travaux susceptibles d'être attribués à des artisans avant de procéder à l'appel d'offre restreint; qu'il est établi que préalablement à l'appel de candidature le syndicat n'avait pas satisfait à cette obligation; qu'ainsi l'exclusion de M. Pierrot est intervenue au terme d'une procédure irrégulière». Dans ses conclusions sur cette affaire, le Rapporteur public rappelle que «la formalité édictée par l'article 267 du code des marchés publics présente eu égard à son objet, qui est la défense des intérêts de candidats aux marchés publics, un caractère substantiel». La méconnaissance des dispositions de l'article 53-IV-2° du code des marchés publics peut donc constituer un manquement aux obligations de mise en concurrence qui est susceptible de léser le candidat artisan soit parce que le pouvoir adjudicateur n'a pas déterminé les prestations du marché qu'il est susceptible d'exécuter, soit parce le contrat a été attribué, à équivalence d'offres, à un candidat qui ne possède par la qualité d'artisan. A ce jour, il semblerait en effet que ces dispositions n'ont jamais ou été très peu appliquées

Le régime du « quart préférentiel » a un impact direct sur l'obligation d'allotir.

L'article 10 du code des marchés publics fixe pour principe qu'un marché doit être divisé en lots. Ce principe connaît une réserve : l'impossibilité d'identification de prestations distinctes et des exceptions permettant au pouvoir adjudicateur de passer un marché global à la seule condition de démontrer que l'allotissement restreint la concurrence, risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore s'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Comme le rappelle le Rapporteur public DACOSTA « l'absence d'allotissement sans justification constitue une méconnaissance frontale de l'article 10 qui doit être sanctionnée ». Dès lors qu'il ne peut porter, par définition, que sur une partie des prestations, le quart préférentiel imposé par l'article 53-IV-2° du code implique que le marché soit alloti. Déjà sous l'empire du code de 2001, alors que l'allotissement n'était pas encore érigé en véritable principe, la circulaire d'application du code des marchés publics rappelait en son article 54.2 que la mise en œuvre du régime du quart préférentiel impose que le marché soit systématiquement alloti. La mise en œuvre du dispositif du « quart préférentiel » implique donc l'allotissement des prestations dès lors que bien plus encore que sous l'empire du code de 2001, l'article 10 du code 2011 érige l'allotissement en véritable principe. Lié aux dispositions de l'article 53-IV-2° du code des marchés publics, l'article 10 du code contribue donc à garantir les mesures positives prises en faveur des artisans. L'absence d'allotissement revient donc à méconnaître de manière frontale le dispositif d'ordre public prévu par l'article 53-IV-2° du Code des marchés publics dans des conditions de nature à léser directement le candidat artisan.

Appliquée dans sa plénitude, le Code des marchés publics pourrait donc constituer un levier formidable pour renforcer l'accès à la commande publique des artisans quelque soit l'importance des prestations.

Ce qu'il faut retenir :

1. Le pouvoir adjudicateur est tenu de définir les prestations qui sont susceptibles d'être exécutées par des artisans dans la limite du quart ou de la moitié du montant de ces prestations (art.53-IV.2 et 3).
2. Le respect du système de préférence au profit des artisans nécessite d'allotir les prestations.
3. A égalité de prix ou à équivalence d'offres, une préférence doit être accordée à l'offre présentée par un artisan dans la limite du quart ou de la moitié de ces prestations si le marché est alloti (art.53-IV.1).