

Conseil d'État

N° 297711

Publié au recueil Lebon

Section du Contentieux

M. Martin Laprade, président

Mme Nathalie Escaut, rapporteur

M. Boulouis, commissaire du gouvernement

SCP BOUTET ; SCP PIWNICA, MOLINIE ; SCP VIER, BARTHELEMY, MATUCHANSKY ;  
CARBONNIER, avocats

Lecture du lundi 9 juillet 2007

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu, 1°), sous le n° 297711, la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés le 25 septembre et le 23 novembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, dont le siège est 9 rue La Pérouse à Paris (75116) ; le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS demande au Conseil d'Etat d'annuler les dispositions des articles 10, 48, 60, 65, 67, 135 et 138 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que la circulaire du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre délégué au budget et à la réforme de l'Etat, en date du 3 août 2006, portant manuel d'application du code des marchés publics ;

Vu, 2°), sous le n° 297870, la requête enregistrée le 2 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, dont le siège est 148 avenue Grandchamp à Bruxelles en Belgique ; l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX demande au Conseil d'Etat d'annuler les dispositions des articles 10, 48, 60, 65, et 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ;

.....

Vu, 3°), sous le n° 297892, la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés le 3 octobre 2006 et le 15 mars 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par M. Patrice B, demeurant ... ; M. B demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les dispositions des articles 12, 26, 28, 30, 36, 40, 49, 57, 60, 65, 69, 70, 73, 74, 77 et 83 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que les dispositions de la

circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics relatives à ces articles ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 4°), sous le n° 297919, la requête, enregistrée le 4 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, dont le siège est 28 rue de la Pépinière à Paris (75008) ; l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les dispositions des articles 135, 138 et 139 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que les dispositions du paragraphe 16-1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ;

2°) en tant que de besoin, surseoir à statuer et renvoyer à la Cour de justice des Communautés européennes la question de savoir si la directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, en particulier son article 23, est compatible avec les dispositions de l'Accord sur les marchés publics ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 5°), sous le n° 297937, la requête, enregistrée le 4 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL (SEOPAN), dont le siège est calle Serrano 174 à Madrid en Espagne; l'ASSOCIATION SEOPAN demande au Conseil d'Etat d'annuler les dispositions des articles 10, 48, 60, 65 et 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ;

.....

Vu, 6°), sous le n° 297955, la requête, enregistrée le 4 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, dont le siège est piazza Cola di Rienzo 68 à Rome en Italie; l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE demande au Conseil d'Etat d'annuler les dispositions des articles 10, 48, 60, 65 et 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que le point 6.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ;

.....

Vu, 7°), sous le n° 298086, la requête, enregistrée le 11 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, dont le siège est via G.A. Guattani 20 à Rome en Italie ; l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES demande au Conseil d'Etat d'annuler les dispositions des articles 10, 27, 60, 65 et 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que les points y afférents de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ;

.....

Vu, 8°), sous le n° 298087, la requête, enregistrée le 10 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, dont le siège est via Emilia 2, Frazione Ponte Taro à Noceto en Italie; la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C demande au Conseil d'Etat d'annuler les dispositions des articles 10, 60, 65 et 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que les points y afférents de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ;

.....

Vu, 9°), sous le n° 301171, la requête, enregistrée le 2 février 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, dont le siège est 11 place dauphine à Paris (75001), par le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, dont le siège est 22 rue de Londres à Paris (75009) et la CONFERENCE DES BATONNIERS, dont le siège est 11 place Dauphine à paris (75001) ; l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS et autres demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, d'annuler la décision en date du 12 décembre 2006 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a rejeté leur recours gracieux contre le décret du 1er août 2006 portant code des marchés publics, ensemble ce décret ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler les dispositions du décret attaqué en tant qu'elles sont applicables aux missions assurées par les avocats en faveur des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros pour chacun d'eux en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 10°), sous le n° 301238, la requête, enregistrée le 5 février 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES, dont le siège est 90 rue Miromesnil à Paris (75008) ; la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision en date du 12 décembre par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a rejeté leur recours tendant d'une part, au retrait des dispositions des articles 30 et 28 (première partie) ainsi que des articles 148 et 146 (seconde partie) du code des marchés publics en ce qu'elles concernent les prestations juridiques et d'autre part, à la substitution des dispositions initialement prévues ;

2°) de faire droit à ces demandes ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 11 juin 2007, présentée pour le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 22 juin 2007, présentée par l'association des entrepreneurs Belges de Grands Travaux asbl ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 25 juin 2007, produite par la société IMPRESA PIZZAROTTI et C ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu le Traité instituant la communauté européenne ;

Vu le Traité sur l'Union européenne ;

Vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi du 5 octobre 1938 ;

Vu la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ;

Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;

Vu la loi n° 85-595 du 11 juin 1985 ;

Vu la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;

Vu la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 ;

Vu le décret du 12 novembre 1938 ;

Vu le décret n° 66-887 du 28 novembre 1966 ;

Vu le décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 ;

Vu le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 ;

Vu le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 ;

Vu le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Nathalie Escaut, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat du SYNDICAT EGF-BTP, de la SCP Boutet, avocat de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment et de la SCP Vier, Barthélémy, Matuchansky, avocat de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS ET COMMERCIAUX ;
- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes présentées par le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, M. COSSALTER, l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS et autres ainsi que par la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES concernent un même décret et une même circulaire ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision ;

Sur l'intervention en défense présentée par la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment :

Considérant que la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment a intérêt au maintien du décret contesté ; qu'ainsi son intervention en défense est recevable ;

Sur la recevabilité de la requête de M. B :

Considérant, en premier lieu, que si M. B demande l'annulation des dispositions de l'article 12 du code des marchés publics annexé au décret attaqué en tant qu'elles imposent la mention de la date de notification du marché dans ses pièces constitutives, ainsi que des dispositions des articles 28, 30 et 40 en tant qu'elles fixent un seuil en dessous duquel les marchés ne sont pas soumis aux obligations de

publicité et de mise en concurrence, du 3° du paragraphe II de l'article 30 relatif à la compétence des commissions d'appel d'offres des collectivités locales, du 5° du paragraphe II de l'article 30 sur l'absence de transmission au préfet des marchés des collectivités locales portant sur leur représentation en justice et de l'article 40 en tant qu'il concerne la publicité au bulletin officiel des annonces de marchés publics, toutes ces dispositions se bornent à confirmer des dispositions déjà contenues dans le code des marchés publics annexé au décret du 7 janvier 2004 publié au journal officiel du 8 janvier 2004, modifié par le décret du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales publié au journal officiel du 30 novembre 2004 ; qu'ainsi, M. B est tardif à en demander l'annulation ; que de même, il n'est pas recevable à contester les dispositions à caractère impératif de la circulaire du 3 août 2006 afférentes à ces articles qui ne font que confirmer celles contenues dans la circulaire du 7 janvier 2004 publiée au journal officiel du 8 janvier 2004 modifiée par la circulaire du 16 décembre 2004, elle-même publiée au journal officiel du 1er janvier 2005 ; qu'il lui appartient seulement, s'il s'y croit fondé, de demander à leurs auteurs d'abroger ces dispositions, puis, le cas échéant, de présenter un recours pour excès de pouvoir contre le refus d'accueillir cette demande ;

Considérant, en second lieu, que si M. B se prévaut de ses activités d'avocat et de formateur ainsi que de la possibilité dont il dispose de faire partie de groupements susceptibles de passer des marchés publics, il ne justifie d'un intérêt suffisamment direct et certain pour demander l'annulation de dispositions du code des marchés publics qu'en ce qui concerne les dispositions relatives aux marchés de prestations de services qu'il est susceptible de conclure en sa qualité d'avocat ou de formateur, et non pas celles relatives à des marchés dont il n'aurait à connaître que comme conseil des cocontractants ; qu'ainsi, s'il est recevable à demander l'annulation des dispositions de l'article 28, de l'article 30, en tant qu'il exclut l'application du titre IV du code aux marchés de services juridiques et en tant qu'il renvoie à la fois à la possibilité de saisir le comité de règlement amiable des litiges et à l'article 133 imposant au pouvoir adjudicateur de publier le nom de ses cocontractants, de l'article 49, du paragraphe II de l'article 57, de l'article 77 et de l'article 83 du code, le ministre chargé de l'économie est en revanche fondé à soutenir que sont irrecevables les conclusions qu'il présente contre l'article 26, le dernier alinéa de l'article 36, les dispositions des articles 60 et 65 en tant qu'elles favoriseraient les petites et moyennes entreprises, les articles 69, 70, 73 et 74 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006, ainsi que contre les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 ;

Sur la recevabilité de la requête de l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et de la CONFERENCE DES BATONNIERS :

Considérant que l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et la CONFERENCE DES BATONNIERS ne justifient pas, en leur qualité d'organes de représentation et de défense des avocats, d'un intérêt suffisamment direct et certain pour contester la légalité de l'article 73 du code des marchés publics relatif aux marchés de définition ; que leur requête, en tant qu'elle est dirigée contre cette disposition, est dès lors irrecevable ;

Sur les moyens de légalité externe :

En ce qui concerne la décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie rejetant le recours de l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et de la CONFERENCE DES BATONNIERS :

Considérant que si l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et la CONFERENCE DES BATONNIERS ont saisi le Premier ministre d'un recours gracieux tendant au retrait du décret du 1er août 2006 portant code des marchés publics, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie était compétent pour rejeter ce recours ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'incompétence du Premier ministre pour édicter des règles applicables aux marchés des collectivités locales :

Considérant qu'aux termes de l'article unique de la loi du 5 octobre 1938 tendant à accorder au gouvernement les pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays : Le gouvernement est autorisé, jusqu'au 15 novembre 1938, à prendre, par décrets délibérés et approuvés en conseil des ministres, les mesures destinées à réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays. Ces décrets, qui auront force de loi, seront soumis à la ratification des Chambres avant le 1er janvier 1939 ; qu'aux termes de l'article 1er du décret du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'Etat aux marchés des collectivités locales et des établissements publics, pris sur le fondement de cette habilitation et avant sa date d'expiration : Les dispositions des textes législatifs et réglementaires relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des finances, et sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'Etat, des départements et des communes ; que, par ce décret, le gouvernement a pu légalement renvoyer à des règlements d'administration publique à intervenir, y compris après la date d'expiration de l'habilitation qu'il tenait de cette loi, le soin d'édicter les mesures d'application de la règle, fixée par lui en vertu de cette habilitation, d'extension aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, des dispositions applicables aux marchés de l'Etat ; que, par suite, le Premier ministre tenait des dispositions du décret du 12 novembre 1938, qui n'a été légalement abrogé ni par le décret du 28 novembre 1966 ni par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, compétence pour étendre aux collectivités locales, y compris les régions et les établissements publics de coopération intercommunale, les règles nouvelles qu'il édictait pour les marchés publics de l'Etat ;

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de consultation régulière du Conseil d'Etat :

Considérant que le décret attaqué a été pris après consultation de la section des finances puis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat à laquelle l'affaire a été renvoyée en application de l'article R. 123-20 du code de justice administrative ; qu'il ressort des pièces produites par le ministre chargé de l'économie que ce décret ne contient aucune disposition différant à la fois de celles qui figuraient dans le projet soumis par le gouvernement au Conseil d'Etat et de celles qui ont été adoptées par le Conseil d'Etat ; que dès lors, l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et la CONFERENCE DES BATONNIERS ne sont pas fondés à soutenir que la consultation du Conseil d'Etat sur le décret attaqué aurait été entachée d'irrégularité ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la consultation irrégulière du conseil général de Saint-Pierre-et-Miquelon :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, saisi sur le fondement des dispositions de l'article 24 de la loi du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon alors en vigueur, le conseil général de Saint-Pierre-et-Miquelon a donné, le 10 février 2006, son avis sur le



projet de décret portant code des marchés publics, dont l'article 177 prévoit l'application des dispositions du code à Saint-Pierre-et-Miquelon à l'exception du e du paragraphe I de l'article 24 et sous réserve de modifications de l'article 40 ; que si le décret attaqué comporte des dispositions différentes de celles du projet soumis au conseil général de Saint-Pierre-et-Miquelon, aucune de ces dispositions ne porte sur une question ne figurant pas dans le projet initial ; que par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de la consultation du conseil général de Saint-Pierre-et-Miquelon doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de consultation du conseil national des barreaux :

Considérant que si le conseil national des barreaux est chargé, par les dispositions de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, de représenter la profession d'avocat auprès des pouvoirs publics et de veiller à l'harmonisation des règles et usages de la profession d'avocat, ni ces dispositions, ni aucune autre n'imposent sa consultation sur tous les textes susceptibles d'avoir une influence sur l'activité des avocats ; que par suite l'absence de consultation du conseil national des barreaux n'a pas affecté la régularité du décret attaqué ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de consultation de la commission supérieure de codification :

Considérant qu'en vertu des dispositions combinées de l'article 3 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et de l'article 1er du décret du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission supérieure de codification, ladite commission a compétence pour adopter et transmettre les projets de code à droit constant, sa consultation restant en revanche facultative lorsque des modifications sont apportées à des codes existants ; qu'il ressort des pièces du dossier que le code annexé au décret attaqué comporte, d'une part, des dispositions qui résultent des choix opérés par le gouvernement pour la transposition en droit interne de deux directives communautaires et, d'autre part, des dispositions nouvelles ; qu'ainsi, il ne peut être regardé comme ayant été élaboré à droit constant ; que, par suite, ce décret n'avait pas à être obligatoirement soumis à la consultation de la commission supérieure de codification ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence d'étude d'impact :

Considérant que les circulaires du Premier ministre du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation et du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat se bornent à fixer des orientations pour l'organisation du travail gouvernemental ; que par suite les requérants ne peuvent utilement invoquer la méconnaissance de ces recommandations pour soutenir que le décret attaqué serait irrégulier, faute d'avoir été accompagné d'une étude d'impact ;

Sur la légalité interne du décret attaqué :

Considérant que, ainsi qu'il a été dit, les dispositions précitées du décret du 12 novembre 1938 ont autorisé le gouvernement à étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, les règles relatives à la passation des marchés publics de l'Etat ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué aurait méconnu le principe de libre administration des collectivités territoriales doit être écarté ;



Sur les conclusions dirigées contre les articles 10, 27, 48, 60, 65 et 67 du code des marchés publics ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 10 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code annexé au décret attaqué : Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots./ Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ... ;

Considérant qu'en posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non ; qu'elles prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ; qu'il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ; que, par suite, les moyens tirés de la violation du principe d'égalité, tant en droit interne qu'en droit communautaire, ainsi que de la liberté de prestations de services instituée par l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne et de la liberté d'entreprendre doivent être écartés ; que de même, le principe de l'allotissement des marchés n'a ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté de choix du pouvoir adjudicateur et qu'ainsi doit être écarté le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance de cette liberté, en violation tant de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ;

Considérant que dès lors que, conformément aux dispositions de l'article 27 III du code des marchés publics, la passation d'un marché en lots séparés prend en compte la valeur globale des lots, doit être écarté le moyen tiré de ce que l'allotissement méconnaîtrait les dispositions de l'article 9 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui interdit le fractionnement des marchés ;

Considérant que si l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES invoque la violation des dispositions de la charte européenne de l'autonomie locale, elle n'apporte, en tout état de cause, aucune précision permettant d'apprécier le bien-fondé de son moyen ; que si l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL se prévaut également d'une violation du principe de sécurité juridique, elle n'indique pas en quoi les dispositions attaquées de l'article 10 porteraient atteinte à ce principe ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, les dispositions du point 6-1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics se bornent à rappeler le principe de l'allotissement prévu par les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics sans instituer de règle nouvelle ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, DE l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C tendant à l'annulation de l'article 10 du code des marchés publics ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ;

En ce qui concerne l'article 27 du code des marchés publics :

Considérant que si l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALE soutient que l'article 27 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, en vertu duquel le pouvoir adjudicateur ne peut pas se soustraire à l'application du code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés ou accords-cadres autres que celles prévues par ledit article, méconnaît l'article 9 de la directive 2004/18/CE, elle n'apporte pas de précisions permettant d'apprécier le bien fondé de ce moyen ;

En ce qui concerne le paragraphe II de l'article 48 du code des marchés publics :

Considérant que les requérants ne demandent l'annulation de l'article 48 du code des marchés publics annexé au décret attaqué qu'en ce qui concerne son paragraphe II, aux termes duquel : Dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises telles que définies par l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou à des artisans ; que ces dispositions permettent uniquement au pouvoir adjudicateur d'obtenir des informations sur la sous-traitance du marché envisagé, mais ne sauraient avoir légalement pour effet d'autoriser le pouvoir adjudicateur à retenir les conditions de la sous-traitance comme un critère de sélection des offres pour l'attribution d'un marché ; que, par suite, le moyen tiré du caractère discriminatoire de ces dispositions doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, de l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C tendant à l'annulation de l'article 48 paragraphe II du code des marchés publics ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ;

En ce qui concerne les articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics en tant qu'ils autorisent la fixation d'un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre :

Considérant que, dès lors que les requérants demandent l'annulation des dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, ainsi que des dispositions de la circulaire y afférentes, en tant seulement que ces dispositions favorisent les petites et moyennes entreprises, ils doivent être regardés comme demandant l'annulation du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que du dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 60 du code des marchés publics, relatif à l'appel d'offres restreint, :I. (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 65 relatif aux procédures négociées: I. - (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 67 relatif à la procédure de dialogue compétitif: (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'enfin le dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics indique que dans le cadre des procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de PME qui seront admises à présenter une offre ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes ;

Considérant qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics, applicables respectivement aux trois procédures précitées, conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique ; que, par suite, le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE,

L'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C sont fondés à demander l'annulation du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006, qui sont divisibles des autres dispositions de ce décret, ainsi que des dispositions à caractère impératif du dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes de ne pas donner d'effet rétroactif à l'annulation ainsi prononcée ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 28, 30, 146 et 148 du code des marchés publics en tant qu'ils concernent les marchés de prestations de services juridiques ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne les moyens tirés de la violation des règles et principes applicables à la profession d'avocat :

Considérant, en premier lieu, que si les marchés de services juridiques visés par les dispositions attaquées comprennent non seulement les contrats conclus entre une collectivité publique et un avocat pour la prestation de conseil juridique mais également ceux conclus pour assurer la représentation en justice d'une telle collectivité et si la représentation en justice par les avocats est régie par des principes relatifs notamment au respect du secret des relations entre l'avocat et son client et à l'indépendance de l'avocat, aucun de ces principes ne fait obstacle à ce que la conclusion d'un contrat entre un avocat et une collectivité publique pour la représentation en justice de celle-ci soit précédée d'une procédure de mise en concurrence préalable dès lors qu'elle est compatible avec ces principes ;

Considérant, en deuxième lieu, que les requérants soutiennent que la qualification de contrat administratif des marchés de services juridiques, résultant de ce que tout marché conclu en application du code des marchés publics a légalement un caractère administratif en application de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, serait incompatible avec le principe d'indépendance des avocats ; que, toutefois, d'une part, le code des marchés publics ne comportant aucune disposition organisant la résiliation ou la modification unilatérale des marchés, le moyen tiré de ce qu'il contreviendrait pour ces raisons au principe d'indépendance des avocats doit être écarté ; que, d'autre part, l'article 30 du code des marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs de veiller au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables à la profession d'avocat ; que cette disposition, contrairement à ce que soutient la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES, n'a ni pour objet, ni pour effet d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs à se prononcer sur les violations desdits principes par les avocats ; que, par suite, le moyen susanalysé doit être écarté ;

Considérant, en troisième lieu, que les dispositions de l'article 15 du décret du 12 juillet 2005 relatif à la profession d'avocat qui interdisent aux avocats toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel, n'ont ni pour objet, ni pour effet de leur interdire de répondre à un avis d'appel à concurrence pour la conclusion d'un marché de services juridiques ;

Considérant, en quatrième lieu, que le fait de répondre à un avis d'appel à la concurrence pour la passation d'un marché ne méconnaît pas le principe de la libre négociation des honoraires des avocats posé par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;

Considérant, en cinquième lieu, que dès lors que la production de références par tout candidat à un marché public est nécessaire à la sélection des offres dans le respect des principes d'égal accès à la commande publique et de transparence, la circonstance que les avocats soient tenus de produire des renseignements ne comportant pas de mentions nominatives afin de respecter le secret professionnel prévu à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ne constitue pas une discrimination illégale ; que les dispositions sus-indiquées ne sont pas entachées d'erreur manifeste d'appréciation pour ne pas avoir dispensé les avocats de produire de telles références ;

Considérant, en sixième lieu, que si, en application de l'article 53 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, il n'est pas tenu d'utiliser le seul critère du prix et peut retenir d'autres critères permettant d'apprécier la qualité des offres ; qu'ainsi, à supposer même que, comme le soutiennent les requérants, le seul critère du prix ne soit pas un critère pertinent pour apprécier les offres de prestations des avocats, ceux-ci ne sont pas fondés à soutenir que, pour ce motif, cette appréciation ne pourrait être soumise aux dispositions de l'article 53 du code des marchés ;

Considérant, en septième lieu, que le principe du secret des relations entre l'avocat et son client n'interdit pas aux pouvoirs adjudicateurs de faire connaître le nom de leurs avocats, ainsi que le prévoit l'article 133 du code des marchés publics relatif à l'obligation de publication annuelle de la liste des marchés conclus et du nom de leur attributaire ; que l'article 30 du code n'est donc pas illégal pour ne pas avoir exclu l'application de cet article 133 aux marchés de services juridiques ;

Considérant, en huitième lieu, que si les marchés de prestations juridiques sont passés selon une procédure adaptée, ils peuvent, en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, être conclus, notamment en cas d'urgence impérieuse, sans publicité, ni mise en concurrence préalable ; que dès lors, la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES n'est pas fondée à soutenir que la mise en concurrence imposée pour la passation des marchés de représentation en justice serait inconciliable avec les délais des recours contentieux ;

Considérant, en dernier lieu, que si les dispositions des articles 174 à 176 du décret du 27 novembre 1991 pris en application de la loi du 31 décembre 1971 confient au bâtonnier, sous le contrôle du premier président de la cour d'appel, la compétence pour instruire tout litige portant sur les honoraires des avocats, les litiges relatifs au règlement financier d'un marché conclu entre un avocat et une collectivité publique portent sur l'exécution d'un marché public et ne peuvent, dès lors, relever que de la seule compétence du juge administratif ; que, par suite, les dispositions contestées, et notamment, l'article 30 du code, n'ont pas, en tout état de cause, méconnu les dispositions des articles 174 à 176 du décret du 27 novembre 1991 ; qu'il en va de même de la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de saisir le comité de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics ;

En ce qui concerne l'article 28 :

Considérant qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. / 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./ Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48./ Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4 000 euros HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 35 ;

Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 28, auxquelles renvoie l'article 30, permettent la conclusion de marchés de services juridiques selon une procédure adaptée, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que la seule circonstance alléguée par M. B que l'obligation de pondération des critères de sélection des offres imposée par le paragraphe II de l'article 53 du code ne s'applique pas dans le cadre de cette procédure est sans incidence sur l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter ces principes et de retenir, en application du paragraphe I dudit article 53, qui lui s'applique à ces marchés, l'offre économiquement la plus avantageuse au regard soit d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet de ces marchés, soit du seul critère du prix ; qu'ainsi le moyen tiré de la méconnaissance de ces principes par l'article 28 ne peut qu'être écarté ;

Considérant, en second lieu, qu'eu égard à l'objet de la procédure adaptée, l'article 28 du code des marchés publics a pu renvoyer aux pouvoirs adjudicateurs, sous le contrôle du juge, le soin de fixer la procédure applicable à chaque marché dès lors que celle-ci correspond à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat ; que le moyen tiré de l'inintelligibilité de cet article faute de décrire suffisamment la procédure adaptée, et par la même de son illégalité, doit ainsi être écarté ;

En ce qui concerne les articles 30, 146 et 148 :

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quelque soit leur montant selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues à l'article 28. / II. Toutefois : ...4° Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ; / 5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. (...) / III. Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé ;

Considérant, en premier lieu, que la seule circonstance que les dispositions du paragraphe I de l'article 30 permettent la conclusion de marchés de services juridiques, selon une procédure adaptée, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, ne porte pas atteinte à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi et au principe communautaire de confiance légitime ;

Considérant, en deuxième lieu, que si l'article 21 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ne soumet la passation des marchés de services juridiques qu'à l'obligation de faire figurer dans les documents du marché les spécifications techniques ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution du marché en cause, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet d'interdire aux pouvoirs publics nationaux de recourir à une procédure adaptée pour la passation des marchés de services juridiques ; qu'en prévoyant ainsi le recours à une procédure adaptée pour la passation des marchés de prestations de services juridiques, l'article 30 du code des marchés publics n'a pas méconnu la directive 2004/18/CE ;

Considérant, en troisième lieu, que si les dispositions du paragraphe II 5° de l'article 30 du code des marchés publics placent les marchés de services juridiques hors du champ du titre IV de la première partie du code et ne les soumettent donc pas aux régimes des avances et acomptes prévu par les articles 86 à 92 de ce titre IV, elles n'interdisent pas à ces marchés, contrairement à ce que soutient M. B, de prévoir de telles avances et acomptes ;

Considérant, en dernier lieu, que si le paragraphe III de l'article 30 impose, lorsqu'un marché a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et d'autres qui n'y sont pas mentionnées, de le passer conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de dispenser le pouvoir adjudicateur de son obligation de veiller au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables à la profession d'avocat imposée par les dispositions du paragraphe II 4° de l'article 30 ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, de la CONFERENCE DES BATONNIERS, de la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU et de M. B tendant à l'annulation des articles 28, et 30 du code des marchés publics en tant qu'ils concernent les marchés de services juridiques ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ; que les conclusions de la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES tendant à l'annulation des articles 146 et 148, en tant qu'ils reprennent les dispositions des articles 28 et 30, doivent, en conséquence, être rejetées ; qu'il en va de même de ses conclusions à fin d'injonction ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 49, 57 paragraphe II, 77 et 83 du code des marchés publics ainsi que contre les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 49 :

Considérant que si M. B conteste la légalité de l'article 49 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, en tant qu'il autorise le pouvoir adjudicateur à demander un devis descriptif, cette disposition, contrairement à ce qu'il allègue, ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme imposant un début d'exécution de la prestation ; que le moyen tiré de la méconnaissance par cet article de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 doit donc être écarté ;

En ce qui concerne l'article 57 paragraphe II :

Considérant qu'aux termes du paragraphe II de l'article 57 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : II. - 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à



compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ce délai minimal ne peut être réduit pour des motifs d'urgence sauf dans le cas mentionné au 3° ci-dessous./ 2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies : a) L'avis de préinformation prévu à l'article 39 a été publié ; b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ; c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation./ 3° Pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 Euros HT, le délai minimal mentionné au 1° peut également être ramené à vingt-deux jours. En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai peut être ramené à quinze jours./ 4° Les délais mentionnés aux 1°, 2° et 3° peuvent être réduits de sept jours lorsque l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par voie électronique. / 5° Les délais mentionnés aux 1° et 3° peuvent être réduits de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés./ 6° Les réductions de délais mentionnées aux 4° et 5° peuvent être cumulées sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai minimal à vingt-deux jours du fait de la publication d'un avis de préinformation en application du 2° ; que le moyen tiré du manque de clarté et d'intelligibilité de ces dispositions manque en fait ;

En ce qui concerne l'article 77 :

Considérant qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : I. - Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande./ Il peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum./L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché./Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité./ II. - La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans./ L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques (...)/ ; que le moyen tiré par M. B de ce que ces dispositions méconnaîtraient celles de l'article 32 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 n'est pas assorti des précisions suffisantes pour en apprécier le bien-fondé ;

En ce qui concerne l'article 83 :

Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet ; qu'aux termes de l'article 83 du même code : Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de

quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient M. B, la décision rejetant une candidature ou une offre à un marché public doit être motivée en application des dispositions précitées de l'article 80 du code ; qu'il ne saurait dès lors utilement soutenir que la faculté ouverte par l'article 83 aux candidats évincés de formuler une demande afin de connaître les motifs détaillés du rejet de leur candidature ou de leur offre serait contraire à l'obligation de motivation prévue par l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 135, 138 et 139 du code des marchés publics ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 135 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 135 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, Sont soumises aux dispositions de la présente partie les activités d'opérateurs de réseaux suivantes : 1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ; 2° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable. (... ) ;

Considérant en premier lieu, qu'en incluant dans la liste des activités d'opérateurs de réseaux soumises aux dispositions de la deuxième partie du code des marchés publics applicables aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices, non seulement l'exploitation de réseaux mais aussi le fait de mettre l'infrastructure constituée par ces réseaux à la disposition d'un exploitant, cet article 135 s'est borné à transposer les dispositions des articles 3 à 5 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux qui font entrer dans le champ d'application de cette directive les activités relatives à la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux ;

Considérant en deuxième lieu, que l'article 135 ne s'applique pas aux actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un des réseaux fixes qu'il mentionne ; que par suite, doit être écarté le moyen tiré de ce que l'article 135, parce qu'il s'appliquerait à de tels actes, méconnaîtrait la directive 2004/17/CE et notamment son article 23, dont les dispositions, transposées à l'article 138 du code des marchés publics, permettent de dispenser des règles de publicité et de mise en concurrence certains contrats relatifs à l'exploitation de ces réseaux ; qu'en revanche, les dispositions du point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006, en tant qu'elles précisent que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers, sont contraires à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 et doivent donc être annulées ;

Considérant enfin, que si l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX se prévaut de l'incompatibilité de l'article 23 de la directive 2004/17/CE avec les principes et règles de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, et en particulier de son arrêt C-377/02 du 1er mars 2005, Léon Van Parys NV, que cet accord ne figure pas parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes des institutions communautaires ; qu'il n'en va autrement que lorsque la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou lorsqu'un acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords de cette organisation ; que la seule référence par le préambule de la directive 2004/17/CE à la décision du Conseil du 22 décembre 1994 approuvant l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics ne suffit pas à faire regarder cet accord comme invocable à l'encontre des actes communautaires ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 23 de la directive 2004/17/CE avec les principes et règles de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS tendant à l'annulation de l'article 135 du code des marchés publics doivent être rejetées ; qu'en revanche, les requérants sont fondés à demander l'annulation des dispositions du point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 en tant qu'elles prévoient que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi de ne pas donner d'effet rétroactif à l'annulation ainsi prononcée ;

En ce qui concerne l'article 138 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 138 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. - Dans les hypothèses précisées au II ci-dessous, les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée au sens du III./ II. - Le I du présent article est applicable : 1° Aux accords-cadres et marchés de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ;

2° Aux accords-cadres et marchés de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ; 3° Aux accords-cadres et marchés de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec les personnes publiques auxquelles elle est liée./ Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché ou de l'accord-cadre, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires, dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus, est vraisemblable./ Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises. /

III. - Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice les entreprises qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'une entité adjudicatrice au sens du IV. / IV. - L'influence des entités adjudicatrices est réputée dominante lorsque celles-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance (...);

Considérant, en premier lieu, que le point 1 de l'article 23 de la directive 2004/17/CE définit l'entreprise liée non seulement comme toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice, mais aussi comme toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante ... ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la notion d'entreprise liée peut trouver à s'appliquer aux personnes publiques entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, sans pour autant concerner, ainsi qu'il a été dit, l'opération par laquelle cette personne confie l'exploitation du réseau à un tiers; que par suite, le moyen contestant le principe même de la transposition de l'article 23 de la directive 2004/17/CE dans le code des marchés publics doit être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, que pour exclure du champ d'application du code des marchés publics les marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée, l'article 138 précité a retenu le critère du chiffre d'affaires moyen réalisé par l'entreprise avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ; que contrairement à ce que soutiennent les requérants, ce renvoi aux personnes publiques liées à l'entreprise ne peut concerner que les personnes publiques agissant en tant qu'entités adjudicatrices, dès lors que l'article 138 ne s'applique que dans cette hypothèse ; que, par ailleurs, le paragraphe III précité de l'article 138 définit la notion d'entreprise liée au regard de l'influence dominante exercée par une seule entité adjudicatrice ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la définition de l'entreprise liée retenue par l'article 138 du code des marchés publics serait plus large que celle donnée par l'article 23 de la directive 2004/17/CE doit être écarté ; qu'enfin, si l'article 138 exclut du champ d'application du code des marchés publics les marchés et accords-cadres conclus entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée, cette exclusion résulte également de la transposition en droit interne des dispositions de l'article 23 de la directive 2004/17/CE ; que le moyen tiré de ce que le champ de la dérogation instituée par l'article 138 excéderait celui des dispositions prévues par la directive doit par suite être écarté ;

Considérant, en dernier lieu, que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ; qu'eu égard aux relations particulières existant entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée au sens des dispositions précitées de l'article 138 du code des marchés publics, l'exclusion des marchés conclus entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée du champ du code des marchés publics ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité ; que par suite et en tout état de cause, ces dispositions qui, ainsi qu'il a été dit, transposent l'article 23 de la directive 2004/17/CE, ne sont pas illégales ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS tendant à l'annulation de l'article 138 du code des marchés publics doivent être rejetées ;

En ce qui concerne l'article 139 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 139 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. - Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : 1° Aux marchés et accords-cadres passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer l'une des activités mentionnées à l'article 135 avec l'une de ces entités adjudicatrices ; 2° Aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec un organisme tel que mentionné au 1°, dont elle fait partie, lorsque cet organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans et que, aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant cette même période. (...) ; que ces dispositions se bornent à transposer le point 4 de l'article 23 de la directive 2004/17/CE, qui exclut de son champ d'application les marchés passés soit par une coentreprise exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 3 à 7 auprès d'une de ces entités adjudicatrices, soit par une entité adjudicatrice auprès d'une telle coentreprise, dont elle fait partie, pour autant que la coentreprise ait été constituée dans le but de poursuivre l'activité en question pendant une période d'au moins trois ans et que l'instrument constituant la coentreprise stipule que les entités adjudicatrices qui la composent en feront partie intégrante pendant au moins la même période ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 139 comporteraient une dérogation plus large que celle prévue par la directive doit être écarté ;

Considérant, par ailleurs, que, ainsi qu'il a été dit, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ; que, dès lors que les organismes visés par l'article 139 sont constitués uniquement par des entités adjudicatrices, l'exclusion du champ du code des marchés publics des marchés conclus entre une telle entité et ces organismes ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité ; que par suite et en tout état de cause, ces dispositions qui, ainsi qu'il a été dit, transposent l'article 23 de la directive 2004/17/CE, ne sont pas illégales ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX tendant à l'annulation de l'article 139 du code des marchés publics doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans les instances n° 297892 et 301171, la partie perdante, les sommes que M. B, l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et la CONFERENCE DES BATONNIERS demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans l'instance n° 297919, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

-----

Article 1er : L'intervention de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment est admise.

Article 2 : Le troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que le dernier alinéa du point 10.2.3 et le point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, en tant qu'il précise que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un réseau fixe, sont annulés.

Article 3 : L'Etat versera à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des requêtes du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, de M. B, de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, de l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, de l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, de la CONFERENCE DES BATONNIER, est rejeté.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, à l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, à M. Patrice B, à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, à l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, à l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, à l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, à la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, à l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, au CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, à la CONFERENCE DES BATONNIERS, à la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES, au Premier ministre, au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment.