

Le point sur l'effectivité et la légalité du droit de préférence accordé aux sociétés coopératives d'ouvriers, d'artisans ou d'artistes, aux groupements de producteurs agricoles et aux entreprises adaptées

Partant du constat -ou du postulat- que certaines professions présentent plus de difficultés à accéder à la commande publique, les Pouvoirs adjudicateurs ont depuis longtemps pris le parti d'organiser en leur faveur un traitement discriminatoire censé restaurer une certaine égalité avec les autres opérateurs économiques lors de l'attribution des marchés publics.

Les décrets du 17 juillet 1964 et du 28 novembre 1966 codifiant la réglementation applicable aux marchés publics et instituant le code des marchés publics antérieur à 2001 reprenaient en effet déjà le droit de préférence instauré précédemment au profit des sociétés coopératives ouvrières de production (articles 61, 62, 63 et 64 et 260, 261, 262 et 263), des groupements de producteurs agricoles (articles 66 et 265), des artisans et sociétés coopératives d'artisans et sociétés coopératives d'artistes (articles 69, 70, 71, 72 et 73 et 266, 267, 268, 269 et 270) "*à égalité de prix ou à équivalence d'offres*".

Ce dispositif n'a pas été démenti dans son principe depuis lors, mais bien au contraire élargi aux "entreprises adaptées", de sorte qu'aujourd'hui encore, le décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics dispose en son article 53 IV : "*1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.*

2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants 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 ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.

3° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes."

Ce mécanisme spécifique destiné à départager des offres équivalentes comporte ainsi un double volet :

- D'une part, un droit de préférence applicable à tout type de marché est reconnu au profit des professionnels sus-visés dès lors que l'offre de l'un d'eux s'avèrerait équivalente à celle d'un autre opérateur économique ne bénéficiant pas de ce droit de préférence ;
- D'autre part, mais uniquement pour les marchés "portant sur des prestations susceptibles d'être exécutées par" les professionnels sus-visés, un droit de préférence leur est reconnu en présence d'offres équivalentes à celles d'autres opérateurs

économiques, à hauteur du quart, voire pour les artistes et artisans d'art, de la moitié du montant des prestations du marché.

La lecture de ces dispositions paraît toutefois de nature à soulever une double interrogation : en effet, en premier lieu, la mise en œuvre du second volet du mécanisme ne va pas sans soulever de sérieuses difficultés pratiques. En second lieu et en tout état de cause, la conformité de ce double dispositif au droit communautaire est loin d'être acquise.

Le droit de préférence applicable aux marchés portant sur des prestations susceptibles d'être exécutées par les professionnels visés par l'article 53 IV ne semble pas opérationnel

Le code des marchés publics, quelle que soit sa version (ante 2001, 2001, 2004 ou 2006) ne définit pas, les artisans, sociétés d'artisans, sociétés coopératives d'artisans, sociétés coopératives ouvrières de production, entreprises adaptées, artisans d'art ou sociétés coopératives d'artistes (article 53 IV 3°).

Il convient donc de se reporter à d'autres corps de règles pour en cerner les contours.

Qui sont les bénéficiaires de ce (ces) droit de préférence ?

S'agissant des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans et artisans d'art, sociétés d'artisans, sociétés coopératives d'artisans ou d'artistes, il convient de se reporter à la "liste des activités donnant lieu l'immatriculation au répertoire des métiers", annexée au décret n°1998-247 du 2 avril 1998 dans sa rédaction issue du décret N°2006-80 du 25 janvier 2006, qui utilise la classification suivante : métiers de l'alimentation¹, métiers du bâtiment², métiers de fabrication³, métiers de services⁴.

¹ Métiers de l'alimentation : Boulangerie-pâtisserie, biscotterie-biscuiterie, pâtisserie de conservation (sauf terminaux de cuisson), 15.8 A à D/15.8 F; Transformation de viande, boucherie, charcuterie, 15.1/52.2 C ; 52.6 D partiel : commerce de détail de viandes et produits à base de viandes sur éventaires et marchés. Conservation et transformation des produits de la mer, poissonnerie, 15.2/52.2 E ; 52.6 D partiel : commerce de détail de poissons, crustacés et mollusques sur éventaires et marchés. Fabrication de produits laitiers, 15.5 A à D. Fabrication de glaces et sorbets, chocolaterie et confiserie, 15.5 F/15.8 K. Conservation et transformation de fruits et légumes, 15.3. Autres transformations de produits alimentaires (sauf activités agricoles et vinification), 15.4/15.6/15.7/15.8 H/15.8 M à V/15.9.

² Métiers du bâtiment : Préparation des sites et terrassement, 45.1 A/45.1 B. Maçonnerie et autres travaux de construction, 45.2 A à F/45.2 N à V. Couverture, plomberie, chauffage, 45.2 J à L/45.3 E/45.3 F. Menuiserie, serrurerie, 45.4 C/45.4 D. Travaux d'installation électrique et d'isolation, 45.3 A/45.3 C/45.3 H. Aménagement, agencement et finition, 45.4 A/45.4 F à M. Location avec opérateurs de matériel de construction, 45.5. Travaux sous-marins de forage, 45.1 D. Activités artisanales extractives, 10.3/14 ; 13.2 Z partiel : Orpaillage.

³ Métiers de fabrication : Transformation des fibres, tissage, ennoblissement, 17.1/17.2/17.3. Fabrication d'articles textiles, notamment par les couturières, les tailleurs et les modistes ; autres fabrications du textile et de la maille, 17.4/17.5/17.6/17.7/18.2. Fabrication de vêtements en cuir et fourrure, 18.1/18.3. Travail du cuir et fabrication de chaussures, 19. Fabrication et réparation d'articles d'horlogerie et bijouterie, 33.5/36.2. Fabrication d'instruments de musique, 36.3. Fabrication d'articles de sport, de jeux et de jouets, 36.4/36.5. Fabrication et réparation de meubles, 36.1 (sauf 36.1 K). Travail du bois, du papier et du carton, 20/21. Imprimerie (sauf journaux), reliure et reproduction d'enregistrements, 22.2 C/22.2 E/22.2 G/22.2 J/22.3. Travail du verre et des céramiques, 26.1 à 3. Fabrication de matériel agricole, de machines et d'équipements et de matériel de transport, 29/34/35. Fabrication et réparation de machines de bureau, de matériel informatique, de machines et appareils électriques, d'équipements de radio, de télévision et de communication, 0/31/32/72.5. Fabrication d'instruments médicaux, de précision et d'optique, 33.1 à 3 ; 33.4 A partiel : fabrication de lunettes sauf verres ; 33.4 B : fabrication d'instruments d'optique et de matériel photographique. Transformation de matières nucléaires, 23.3. Fabrication et transformation des métaux ; produits chimiques (sauf principes actifs, sang et médicaments),

Assurément, le nombre de marchés portant sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des professionnels exerçant les activités énumérées par ce décret est très élevé.

Les sociétés coopératives ouvrières de production sont quant à elles régies par l'article 1^{er} de la loi n°78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, qui dispose : "Les sociétés coopératives ouvrières de production sont formées par des travailleurs de toutes catégories ou qualifications professionnelles, associés pour exercer en commun leurs professions dans une entreprise qu'ils gèrent directement ou par l'intermédiaire de mandataires désignés par eux et en leur sein. Les sociétés coopératives ouvrières de production peuvent exercer toutes activités professionnelles, sans autres restrictions que celles résultant de la loi."

S'agissant des sociétés coopératives d'artistes, les recherches sur le site Légifrance renvoient à deux textes anciens non disponibles en ligne⁵, de sorte que l'identification des prestations susceptibles d'être exécutées par ces organismes s'avère particulièrement ardue.

Les groupements de producteurs agricoles sont quant à eux régis par l'article 14 de la loi n°62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole.

En ce qui concerne enfin les entreprises adaptées visées par l'article 53, qui remplacent les "ateliers protégés" visés par l'article 54 du code des marchés publics 2004, sont les entreprises visées par l'article L.323-31 du code de travail employant des personnes handicapées.

Quels sont les marchés portant sur des prestations susceptibles d'être exécutées par les bénéficiaires de ce (ces) droit de préférence ?

Le droit de préférence organisé par le 1^o de l'article 53 du Code s'applique à tous marchés, de sorte qu'il suffit de constater l'équivalence de deux offres formulées par l'un des bénéficiaires de ce droit de préférence et par un autre opérateur pour que celui-ci soit concrètement mis en œuvre par le Pouvoir adjudicateur.

Cela devient plus compliqué en revanche en ce qui concerne le droit de préférence organisé par le 2^o et le 3^o du code des marchés publics, applicable aux marchés portant sur des prestations ou des travaux susceptibles d'être exécutés ou réalisés par les bénéficiaires visés, dès lors que sa mise en œuvre nécessite une anticipation par le Pouvoir adjudicateur au stade de l'élaboration du dossier de consultation des entreprises.

caoutchouc, matières plastiques et matériaux de construction, 24 (sauf 24.4 A, à l'exclusion de la fabrication d'édulcorants de synthèse, et 24.4 C)/25/26.4 à 8/27/28. Taxidermie, 36.6 E partiel. Autres fabrications diverses (sauf taxidermie), 36.6 A/36.6 C/36.6 E. Récupération, 37.

⁴ Métiers de service : Réparation automobile, 50.2 ; 50.4 partiel : entretien et réparation de motocycles. Cordonnerie et réparation d'articles personnels et domestiques, 52.7. Entretien et réparation de machines de bureau et de matériel informatique, 72.5. Blanchisserie et pressing (sauf libre-service), 93.0 A/93.0 B. Coiffure, 93.0 D. Soins de beauté, 93.0 E. Réparation d'objets d'art, 36.1 K/92.3 A partiel. Finition et restauration de meubles, dorure, encadrement, 36.1 K. Spectacle de marionnettes, 92.3 KP partiel. Préparation de plantes et de fleurs et compositions florales, 52.4 X/52.6 E partiel. Travaux photographiques, 74.8 A/74.8 B. Etalage, décoration, 74.8 K partiel. Taxis et transports de voyageurs par voitures de remise, 60.2 E. Ambulances, 85.1 J. Contrôle technique, 74.3 A. Déménagement, 60.2 N. Pose d'affiches, travaux à façon, conditionnement à façon, 74.4 A partiel ; 74.8 D ; 74.8 F partiel : travaux à façon, à l'exclusion des services de traduction et de domiciliation. Ramonage, nettoyage, entretien de fosses septiques et désinsectisation, 74.7 ; 90.0 A partiel. Maréchalerie, 92.7 C partiel. Embaument, soins mortuaires, 93.0 G partiel. Toilettage d'animaux de compagnie, 93.0 N partiel.

⁵ Décret n°59-1025 du 31 août 1955 et loi du 17 janvier 1935.

En effet, comme on vient de le voir, en définitive, si les prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans, artisans d'art ou diverses sociétés d'artisans sont certes très variées, mais malgré tout cantonnées aux activités nécessitant l'inscription au répertoire des métiers, en revanche, n'importe quel marché public de services, de fournitures ou de travaux porte en réalité sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des SCOP et toute procédure formalisée devrait en conséquence comporter des lots portant au maximum sur le quart du montant des prestations qui devront être réservées, à équivalence d'offres, aux SCOP.

Puisque le champ d'application de ce droit de préférence est vaste, encore faut-il déterminer qu'elles sont les mesures concrètes à prendre pour en assurer la mise en œuvre.

Comment faut-il organiser le droit de préférence de l'article 53 IV 2° du code ?

La lecture du code est sans ambiguïté : pour les marchés portant sur des prestations susceptibles d'être exécutées par les professionnels visés au 2° de l'article 53 IV, *"les pouvoirs adjudicateurs contractants 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 ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.*

Il faut donc identifier dans les documents de la consultation les prestations qui donneront lieu à la mise en œuvre de ce droit de préférence. Quant à la proportion des prestations concernés par rapport au montant total du montant, en dépit d'une rédaction qui pourrait conduire à penser le contraire il faut bien comprendre que le quart requis n'est pas une quantité maximale, mais bien la quantité exacte qui doit être concernée par ce droit de préférence : ni plus, ni moins non plus.

En pratique, bien que le texte ne fasse plus référence, comme c'était le cas avec le code antérieur à 2001, à l'allotissement des prestations, on voit mal comment la mise en œuvre de ce droit de préférence pourrait être opérée autrement qu'à travers l'allotissement des prestations : l'allotissement semble en effet le seul moyen d'isoler certaines prestations d'un marché afin de leur réserver un traitement spécifique au stade de l'analyse des offres.

Or à cet égard, force est de s'interroger quant à la compatibilité du caractère obligatoire de ce dispositif de ce droit de préférence avec l'autorisation donnée au pouvoir adjudicateur par l'article 10 du code des marchés publics de déroger au principe d'allotissement des marchés *"si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes"* : pourrait-on en effet se prévaloir de cette impossibilité d'allotir pour se soustraire à l'obligation de réserver un quart (ou la moitié) des prestations pour lesquelles le droit de préférence devra être mis en œuvre ?

Par ailleurs, s'agissant des entreprises adaptées, comment faut-il concilier ce dispositif de droit de préférence, obligatoire, avec le dispositif, facultatif mais plus favorable, des marchés réservés organisé par l'article 16 du code des marchés publics : *"Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 323-31 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle*

dans des conditions normales. L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition." ?

Ainsi, si un pouvoir adjudicateur décide d'allotir un marché et de réserver certains lots sur le fondement de l'article 15, devra-t-il également, s'agissant des autres prestations, organiser les conditions nécessaires à la mise en œuvre du droit de préférence prévu au 2° du IV de l'article 53 ? dans l'affirmative, devra-t-il calculer le quart du montant des prestations en incluant les lots réservés sur le fondement de l'article 15 ?

Voilà indéniablement une série d'interrogations auxquelles les pouvoirs adjudicateurs seront bien en peine de trouver des réponses dans le code des marchés publics, ce qui est d'autant plus fâcheux, qu'encore une fois, le droit de préférence organisé par l'article 53 est un dispositif obligatoire et pas seulement facultatif.

Force est ainsi de constater que le droit de préférence, dont le principe aura été confirmé à chaque réforme du code des marchés publics, soulève néanmoins de nombreuses difficultés pratiques quant à sa mise en œuvre, fragilisant dans le même temps de nombreuses consultations, car il va sans dire qu'en pratique, les Pouvoirs adjudicateurs ont plus que tendance à occulter cette contrainte lors de la préparation de leurs dossiers de consultation.

Le droit de préférence au profit des sociétés coopératives d'ouvriers, d'artisans ou d'artistes et des groupements de producteurs agricoles n'est pas prévu par les directives communautaires applicables aux marchés publics

Indépendamment des difficultés que la mise en œuvre du droit de préférence peut soulever, la question de sa conformité avec le droit communautaire mérite d'être posée.

Il convient en effet de remarquer que ce n'est pas au stade de l'analyse des candidatures, mais au stade des offres, que ce droit de préférence doit être mis en œuvre, de sorte que, si la mise en œuvre des critères d'examen des offres énoncés dans le marché ne permettait pas de départager les offres, le Pouvoir adjudicateur se trouve dans l'obligation de se fonder le cas échéant sur la qualité et le statut des auteurs des offres équivalentes pour attribuer le marché.

Le choix de l'attributaire du marché repose donc, en présence d'offres équivalentes, sur un élément étranger à l'objet du marché concerné et aux critères d'examen des offres énoncés dans le dossier de consultation des entreprises.

L'article 53 IV du code des marchés publics instaure ainsi une discrimination positive en faveur de certains organismes, constituant par là même une entorse au principe d'égalité (principe constitutionnel), auquel le juge constitutionnel n'accepte que des entorses limitées et justifiées par l'intérêt général.

A cet égard, le juge administratif avait émis des réserves sur ce dispositif de droit de préférence par quart réservataire (correspondant au 2° du IV de l'article 53 du code 2006) lors de l'examen du projet de code des marchés publics 2001, qu'il estimait contraire au droit de la concurrence et aux principes de la commande publique⁶. Pour contourner la difficulté, le gouvernement avait alors réinséré cette disposition dans le projet de loi MURCEF de décembre 2001.

⁶ Rép. Min. n°28832 du Ministre de l'Economie, JO Sénat du 05/04/2001, p. 1172

Le 6 décembre 2001, le conseil constitutionnel avait également sanctionné le projet de loi (n°2001-452 DC) et strictement encadré ce droit de préférence⁷, rappelant que " *le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis.*"

Le dispositif a donc été revu tel qu'il apparaît encore aujourd'hui.

Il faut toutefois noter qu'à l'époque à laquelle le Conseil Constitutionnel a rendu sa décision, le droit communautaire des marchés publics n'avait pas encore été réformé et que les directives alors applicables indiquaient qu'il pouvait être dérogé au principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (ou du prix le plus bas) "lorsqu'un Etat membre se fonde sur d'autres critères pour l'attribution des marchés, dans le cadre d'une réglementation en vigueur au moment de l'adoption de la présente directive qui vise à faire bénéficier certains soumissionnaires d'une préférence, à condition que la réglementation invoquée soit compatible avec le traité" (par exemple, dir. 93/37 sur les marchés de travaux, art. 30).

Or, les nouvelles directives communautaires, et en particulier la directive 2004/18 du 31/03/2004 ne comportent plus cette dérogation.

Il est en effet désormais seulement possible, sur le fondement de l'article 19 de la directive, de réserver des marchés des ateliers protégés : "*Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.*"

L'avis de marché fait mention de la présente disposition."

Cette faculté est d'ailleurs effectivement prévue par l'article 16 précité du code des marchés publics.

En revanche, aucun dispositif dérogatoire n'est prévu dans les nouvelles directives en ce qui concerne les critères de choix des offres dans les marchés.

⁷ " 7. Considérant que l'article 12 de la loi déferée prévoit qu'" un quart des lots " des " marchés visés par le code des marchés publics " qui " font l'objet d'un allotissement " et " portent, en tout ou partie ", sur des " prestations susceptibles d'être exécutées " par les structures associatives ou coopératives visant notamment à " promouvoir l'esprit d'entreprise indépendante et collective ", fait l'objet d'une mise en concurrence entre ces structures ; que ces dispositions, tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale ; que, par suite, il y a lieu de déclarer cet article contraire à la Constitution ; (...)"

Il n'est donc plus possible désormais de prendre en compte au stade de l'analyse des offres, des critères autres que ceux présidant au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

C'est ainsi dans le cadre exhaustif de l'article 53 de la directive, mais aussi de son considérant 46, que l'analyse des offres doit s'inscrire : "L'attribution du marché devrait être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du «prix le plus bas» et celui de «l'offre économiquement la plus avantageuse». (...)

*Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, ils déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. **La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché** dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre.*

Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution devraient permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective. Si ces conditions sont remplies, des critères d'attribution économiques et qualitatifs, comme ceux ayant trait à la satisfaction d'exigences environnementales, peuvent permettre au pouvoir adjudicateur de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, tels qu'exprimés dans les spécifications du marché. C'est dans ces mêmes conditions qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins — définis dans les spécifications du marché — propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché."

Dès lors que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse devrait permettre d'évaluer le niveau de performance de chaque offre et son rapport qualité-prix, le fait de prévoir un critère additionnel (le statut de SCOP, d'artisan, artisan d'art, société coopérative d'artisans ou d'artistes, groupement de producteurs agricoles) pour privilégier, parmi deux offres équivalentes au regard des critères retenus pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, celle qui aura été présentée par l'un des professionnels visés par le droit de préférence prévu par le code des marchés publics, ne paraît donc pas répondre à cette exigence.

En outre, les conditions dans lesquelles la directive autorise le recours à des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales ne paraît pas plus susceptible de justifier une telle discrimination positive, dès lors qu'il n'est pas établi que les marchés pour lesquels un droit de préférence doit être organisé répondent à des besoins propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché.

Par conséquent à l'évidence, la mise en œuvre de l'article 53 IV lors de la passation de marchés publics atteignant les seuils communautaires de publicité et de mise en concurrence paraît plus que contestable.

Mais, même en dessous de ces seuils ou par les marchés n'entrant pas, quel que soit leur montant, dans le champ d'application, l'utilisation, même résiduelle, de critères discriminatoires ou stade de la décision d'attribution s'avère problématique. C'est d'ailleurs en ce sens que la Commission européenne indique, dans sa communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises aux directives "marchés publics"⁸ : *"Il importe que la décision définitive d'attribution du marché soit conforme aux règles procédurales fixées à l'origine et que les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement soient pleinement respectés."*

Dans ces conditions, probablement y-a-t-il plus de risques juridiques à mettre en œuvre le droit de préférence organisé par l'article IV du code des marchés publics qu'à l'ignorer.

Laure THIERRY

Avocate associée

⁸ en date du 23/06/.