

PARTIE 2

FICHES TECHNIQUES

CHAPITRE 1

CHAMP D'APPLICATION

Les pouvoirs adjudicateurs

I. Droit communautaire

I.1. Définition extensive

L'expression « pouvoir adjudicateur » désigne l'acheteur public dans la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services¹. Cette notion a été complétée, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

Le point 1 de l'article 2 de cette directive dispose :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

1. « pouvoirs adjudicateurs », l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ;
2. « autorités publiques centrales », les pouvoirs adjudicateurs figurant à l'annexe I et, dans la mesure où des rectificatifs ou des modifications auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé ;
3. « pouvoirs adjudicateurs sous-centraux », tous les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités publiques centrales ;
4. « organisme de droit public », tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes :
 - a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
 - b) il est doté de la personnalité juridique ; et
 - c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ».

I.2. Identification des organismes de droit public

Le caractère cumulatif de ces trois critères fixé par les dispositions précitées est affirmé par la CJUE².

1. La CJUE précise que l'annexe III de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui fixe la liste des organismes de droit public au sens de l'article 1^{er} de la directive présente un caractère indicatif (CJUE, 12 septembre 2013, IVD GmbH & Co. KG, aff. C-526/11).

2. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG s.a, aff. C-44/96, cons. 21 et 39. Voir également CJUE, 10 novembre 1998, BFI Holding BV, aff. C-360/96, cons. 29 et CJUE, 10 mai 2001, Agora SRL, aff. C-223/99 et C-260/99, cons. 26.

Le statut de l'entité (publique ou privée) 'est indifférent pour la qualification d'organisme de droit public et donc de pouvoir adjudicateur au sens de la directive³.

1.2.1. Personnalité juridique

Ce critère ne fait pas difficulté.

1.2.2. Objet social

Le critère selon lequel l'organisme doit avoir été « *créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* » doit être interprété à la lumière de la jurisprudence de la CJUE qui en a retenu une acception large au regard du double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence.

Pour apprécier si des activités poursuivent un but d'intérêt général dépourvu de caractère industriel et commercial, la CJUE fonde son analyse sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé à la création de l'entité et aux conditions dans lesquelles elle exerce son activité⁴.

1.2.2.1. S'agissant du terme « créé »

La CJUE a précisé⁵ que « *l'effet utile de la directive ne serait pas pleinement préservé si l'application du régime de la directive pouvait être exclue du seul fait que les tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial que celle-ci accomplit en pratique ne lui ont pas été confiées dès sa création* » (considérant 57) et qu'« *une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a par la suite pris en charge de tels besoins, dont elle assure depuis effectivement la satisfaction, remplit la condition pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public, à condition que la prise en charge de la satisfaction de ces besoins puisse être constatée objectivement* » (considérant 63).

Par conséquent, c'est l'activité effectivement exercée par l'organisme qu'il convient de prendre en compte pour le qualifier ou non d'organisme de droit public. Ainsi, en droit français, la qualification d'établissement public industriel et commercial (EPIC) d'un organisme ne permet pas à elle seule de l'exclure a priori de sa qualité d'organisme de droit public soumis aux règles des marchés publics.

1.2.2.2. S'agissant du terme « spécifiquement »

La condition selon laquelle l'organisme doit avoir été créé pour satisfaire « spécifiquement » des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, n'implique pas qu'il soit « uniquement » chargé de satisfaire de tels besoins. Le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités réellement entreprises par l'organisme est sans pertinence dès lors qu'une telle entité continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire⁶.

3. CJUE, 15 mai 2003, Commission c/ royaume d'Espagne, aff. C-214/00, cons. 55 à 57 et CJUE, 13 janvier 2005, Commission c/ royaume d'Espagne, aff. C-84/03, cons. 27 et 28.

4. CJUE, 16 octobre 2003, Commission c/ Royaume d'Espagne, aff. C-283/00, cons. 81.

5. CJUE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, aff. C-470/99.

6. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann, aff. C-44/96, cons. 25 et 26. Sur la conséquence de la présence d'entreprises ayant des activités commerciales au sein du même groupe que l'organisme de droit public : CJUE, 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden / BFI Holding BV, aff. C-360/96, cons. 56 et 57.



1.2.2.3. S'agissant des termes « besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial »

- La première question consiste à s'interroger sur le caractère d'intérêt général du besoin satisfait.

La notion de « besoin d'intérêt général » est une notion autonome interprétée par la CJUE afin d'en assurer une application uniforme dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Ainsi, la Cour examine chaque cas afin de le qualifier ou non de besoin d'intérêt général. La législation nationale ne peut discrétionnairement décider que tel ou tel besoin est ou n'est pas d'intérêt général. À cet égard, la Cour juge qu'une activité répond à un besoin d'intérêt général lorsqu'elle profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait, à ce titre, la prendre en charge.

Exemple n° 1 :

La production de documents administratifs dont certains sont soumis au secret ou au respect de normes de sécurité est étroitement liée à l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'État exigeant une garantie d'approvisionnement et le respect de normes de confidentialité et de sécurité⁷.

Exemple n° 2 :

La Cour a reconnu que « les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables satisfont à des besoins d'intérêt général. L'organisateur de telles manifestations n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général »⁸.

Exemple n° 3 :

Des activités mortuaires et de pompes funèbres sont considérées comme des activités répondant effectivement à un besoin d'intérêt général. De telles activités sont liées à l'ordre public dans la mesure où l'État a un intérêt manifeste à exercer un contrôle étroit sur l'établissement de certificats tels que les certificats de naissance ou de décès.

S'ajoutent à cela des motifs évidents d'hygiène et de santé publique. La Cour précise en outre que « la circonstance qu'une collectivité territoriale a l'obligation légale de prendre en charge les funérailles et, le cas échéant, d'en assumer les frais, (...) constitue un indice de l'existence d'un tel besoin d'intérêt général »⁹.

Exemple n° 4 :

Une activité qui consiste à acquérir des services de planification et de construction dans le cadre d'un projet immobilier portant sur la construction de plusieurs immeubles de bureaux et d'un immeuble de stationnement couvert, faisant suite à une décision de la ville de créer sur son territoire un pôle de développement technologique, est susceptible de répondre effectivement à un besoin d'intérêt général. En effet, la Cour a reconnu dans cette affaire que la défenderesse n'agissait pas seulement dans l'intérêt particulier des entreprises directement concernées par ledit projet, mais également dans celui de la ville qui souhaite se développer du point de vue économique et social. En outre, la Cour a

7. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann, aff. C-44/96, cons. 22 à 24.

8. CJUE, 10 mai 2001, Agorà Srl, aff. C-223/99 et C-260/99 (aff. jointes), cons. 33 et 34.

9. CJUE, 27 février 2003, Adolf Truley, aff. C-373/00, cons. 51 à 53 et 66.

précisé que l'intérêt général ne se mesure pas au nombre des utilisateurs directs d'une activité ou d'un service¹⁰.

Exemple n°5 :

L'activité qui consiste à assumer l'exécution des programmes et actions prévus dans le plan d'amortissement et de création de centres pénitentiaires, aux fins de la mise en œuvre de la politique pénitentiaire de l'État espagnol, constitue une condition nécessaire à l'exercice du pouvoir répressif de l'État et est intrinsèquement liée à l'ordre public. Il s'agit donc d'une activité d'intérêt général¹¹.

- La deuxième question vise à déterminer si le besoin d'intérêt général a un *caractère autre qu'industriel ou commercial*.

La Cour a précisé que « *les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché. Il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* »¹².

Cette définition européenne est fondée sur la possibilité pour un État de décider de conserver une influence déterminante sur une activité jugée nécessaire dans la mesure où cette activité pourrait ne pas être entièrement satisfaite par les offres d'opérateurs entièrement privés.

Il ressort dès lors de la jurisprudence que l'absence de concurrence ne doit pas être considérée comme une condition *sine qua non* à la reconnaissance d'un organisme de droit public puisque la notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées¹³. Cependant, l'existence d'une concurrence développée peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

La Cour a également souligné que d'autres facteurs devaient être pris en compte pour déterminer le caractère autre qu'industriel et commercial du besoin, notamment les conditions dans lesquelles l'organisme exerce ses activités. En effet, si l'organisme opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale. Ainsi, pour reconnaître que l'intérêt général est autre qu'industriel ou commercial, il n'est pas exclu que les activités donnent lieu à la réalisation de bénéfices. Il importe en revanche que la recherche de tels bénéfices ne constitue pas l'objet principal de l'entité¹⁴.

En outre, le fait que le pouvoir adjudicateur auquel l'organisme est lié opère une recapitalisation de l'organisme dans le cas où celui-ci est déclaré en faillite ou réalise des pertes financières, est un indice du caractère autre qu'industriel ou commercial du besoin satisfait. L'organisme ne se comporte pas comme un simple opérateur privé puisqu'il n'assume pas l'intégralité des risques liés à son activité et qu'il se laisse guider par des considérations autres que purement économiques.

10. CJUE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 41 à 45, 61 et 62.

11. CJUE, 16 octobre 2003, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00, cons. 84 à 86.

12. CJUE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, cons. 50 et 51.

13. CJUE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, aff. C-393/06.

14. CJUE, 22 mai 2003, *Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 54.



– *Exemple d'intérêt général ayant un caractère commercial :*

L'organisation de foires et d'expositions est une activité économique qui consiste à fournir des services aux exposants contre versement d'une contrepartie. Par son activité, l'entité satisfait des besoins de nature commerciale. Par conséquent, les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions satisfont un besoin d'intérêt général ayant un caractère commercial, l'entité n'est alors pas qualifiée d'organisme de droit public.

1.2.3. Lien avec un pouvoir adjudicateur

Ce critère vise à constater l'existence d'une dépendance étroite de l'entité à l'égard d'un organisme soumis aux dispositions du droit de l'Union européenne en matière de marchés publics¹⁵.

Ce troisième critère est satisfait dès lors que l'une des conditions suivantes est remplie :

- soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ;
- soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers ;
- soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

La Cour a eu l'occasion d'appliquer ce critère à un ordre professionnel, en estimant qu'« *un ordre professionnel de droit public, ne remplit ni le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics lorsque cet organisme est financé majoritairement par les cotisations payées par ses membres, dont la loi l'habilite à fixer et à percevoir le montant, dans le cas où cette loi ne détermine pas l'étendue et les modalités des actions que ledit organisme entreprend dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales, que ces cotisations sont destinées à financer, ni le critère relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics du seul fait que la décision par laquelle le même organisme fixe le montant desdites cotisations doit être approuvée par une autorité de tutelle* »¹⁶.

1.2.3.1. Financement majoritaire par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

S'agissant de la notion de financement public, seuls les financements versés sans contrepartie spécifique aux activités de l'entité concernée peuvent être qualifiés de « financement public ». La Cour de justice a confirmé que « *la notion de financement vise un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée* »¹⁷. Ne constituent donc pas un financement public, au sens de la définition de l'organisme de droit public, les versements effectués en contrepartie de prestations de services. Sont notamment qualifiées de financement public par la Cour les subventions¹⁸.

La Cour a jugé qu'il y a financement majoritaire par l'État lorsque les activités d'organismes de radiodiffusion publics sont financées majoritairement par une redevance mise à la charge des détenteurs d'un poste récepteur, qui est imposée, calculée et perçue suivant des règles exorbitantes du droit commun et sans contre-prestation spécifique¹⁹.

15. CJUE, 3 octobre 2000, *The Queen c/ H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, aff. C-380/98, cons. 20.

16. CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11, cons. 31.

17. CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11, cons. 22.

18. *Ibid.*, cons. 21 et 26.

19. CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, aff. C-337/06.

Sur le caractère « majoritaire » du financement public, la Cour précise que « le terme « majoritairement » doit être interprété comme signifiant « plus de la moitié ». [Pour un tel calcul], il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des revenus dont l'organisme bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale. (...) L'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché déterminé est lancée doit être considéré comme la période la plus appropriée pour le calcul du mode de financement de cet organisme, étant entendu que ce calcul doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle. »²⁰

1.2.3.2. Gestion soumise à un contrôle par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

Le contrôle requis se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de l'organisme concerné. Ce doit être un contrôle actif. C'est pourquoi, l'hypothèse d'un simple contrôle a posteriori ne suffit pas à considérer que le critère du contrôle de gestion est satisfait²¹.

La Cour a cependant nuancé sa position puisqu'elle précise, dans un arrêt relatif aux SAHLM, que dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics²². Mais si l'entité jouit d'une autonomie organisationnelle et budgétaire et que le contrôle ne s'effectue qu'a posteriori, le juge considère qu'il y a absence de tutelle ou de contrôle sur cette entité²³.

Par conséquent, le contrôle de gestion peut éventuellement être a priori dès lors qu'il ne se résume pas à un simple contrôle de la régularité. En l'affaire, l'effectivité du contrôle de gestion était révélée par la possibilité pour le ministre de prononcer la dissolution de la SAHLM, de nommer un liquidateur, de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire, autant d'indices qui, selon la Cour, impliquent un contrôle permanent de l'organisme.

1.2.3.3. Organe d'administration, de direction ou de surveillance composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

Ce dernier critère ne pose pas a priori de difficultés d'interprétation. La Cour a été amenée à le rechercher : « Quant à la troisième condition, il y a lieu de constater que le directeur général de l'ÖS est nommé par un organe composé en majorité des membres nommés par la Chancellerie fédérale ou différents ministères. De plus, elle est soumise au contrôle de la Cour des comptes et un office de contrôle étatique est chargé de veiller aux imprimés soumis à un régime de sécurité. Enfin, selon les déclarations faites à l'audience par la SRG, la majorité des actions de l'ÖS restent dans les mains de l'État autrichien ». ²⁴

20. CJUE, 3 octobre 2000, The Queen c/ H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge, aff. C-380/98, cons. 33, 36 et 44.

21. CJUE, 27 février 2003, Adolf Truley, aff. C-373/00, cons. 70 à 73.

22. CJUE, 1^{er} février 2001, Commission c/ République française, aff. C-237/99, cons. 52.

23. CJUE, 12 septembre 2013, IVD GmbH & Co. KG, aff. C-526/11, cons. 30.

24. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG s.a. / Strohal Rotationsdruck GesmbH, aff. C-44/96, cons. 28.



2. Droit national

2.1. Impact de la définition européenne

Les organismes soumis au code des marchés publics sont l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux (article 2 du code des marchés publics).

Des organismes non soumis au code des marchés publics relèvent pourtant de la définition européenne des « pouvoirs adjudicateurs » : il s'agit essentiellement de personnes morales de droit public ou de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financées principalement sur fonds publics. Ces organismes sont soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Cette distinction demeure pour des raisons tenant à la séparation entre le domaine législatif et le domaine réglementaire : les contraintes en matière de marchés publics pour l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent être régies par des textes de niveau réglementaire, alors que les contraintes pesant sur les autres acheteurs nécessitent le recours à la loi.

La notion européenne de pouvoir adjudicateur est donc déclinée deux fois : dans le code des marchés publics et dans l'ordonnance du 6 juin 2005 et dans son décret d'application concernant les pouvoirs adjudicateurs : le décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

Ces deux catégories de pouvoirs adjudicateurs relèvent bien évidemment des mêmes dispositions d'origine européenne. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs relevant du code des marchés publics sont soumis à des règles spécifiques d'origine nationale, telles que celles relatives à la composition des commissions d'appel d'offres, aux groupements de commande, à l'allotissement, aux documents constitutifs du marché, à l'exécution et au contrôle des marchés. Le régime des pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ordonnance n'ajoute que peu d'éléments aux règles européennes.

2.2. Pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics

2.2.1. L'État et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux

Sont soumis aux dispositions du code des marchés publics les marchés de l'État²⁵, qu'ils soient passés par les services centraux, les services à compétence nationale, les services déconcentrés ou des organismes qui, sans posséder la personnalité juridique²⁶, disposent d'une certaine autonomie, comme par exemple les autorités administratives indépendantes²⁷.

Sont également concernés les marchés passés par les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à savoir :

- Les établissements publics administratifs ;

25. Sur la notion d'État, voir CJUE, 17 septembre 1998, Commission c/ Royaume de Belgique, aff. C-323/96, cons. 27 à 29.

26. CE, 30 décembre 2013, n° 358826, à propos du Conseil économique, social et environnemental.

27. À l'exception de certaines autorités administratives indépendantes qui, en vertu de textes spécifiques, sont soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (cf. point 2.3.6).

– Les établissements publics de santé, qui depuis l'intervention de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 (modifiant l'article L. 6141-1 du code de la santé publique), sont considérés comme des établissements publics de l'État. Ces établissements restent toutefois soumis aux seuils applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux (cf. article 2 du décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010).

– Les établissements assimilés, reconnus par la jurisprudence comme une variété d'établissement public administratif :

- *établissements publics à caractère culturel* (EPCC) : les établissements publics de coopération culturelle, qui peuvent aussi être locaux ;

- *établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* (EPSCP) : Collège de France, Conservatoire national des arts et métiers, École nationale supérieure d'arts et métiers, écoles normales supérieures, École centrale de Lyon, École des hautes études en sciences sociales, Institut national des langues et civilisations orientales, Muséum national d'histoire naturelle, Observatoire de Paris, Palais de la Découverte, centres universitaires, École centrale des arts et manufactures, Institut de physique du globe de Paris, Institut national des sciences appliquées, instituts nationaux polytechniques, etc. ;

- *établissements publics à caractère scientifique et culturel* (EPSC) : universités, instituts d'études politiques, Institut d'études politiques de Paris, École pratique des hautes études ;

- *établissements publics d'enseignement supérieur* ;

- *établissements publics à caractère scientifique et technologique* (EPST) pour les achats qui ne sont pas directement liés à leurs activités de recherche : Centre national de la recherche scientifique, l'Institut national d'études démographiques, Institut national de la recherche agronomique, Centre national du machinisme agricole, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération, Institut national de recherche en informatique et automatique, Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité, etc. ;

- *établissements consulaires* : chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture²⁸.

Toutefois, depuis la loi de programme pour la recherche n° 2006-450 qui a modifié l'ordonnance n° 2005-649, tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique, appliquent les règles de l'ordonnance et non plus celles du code des marchés publics lorsqu'ils achètent des fournitures, des services et des travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche. Pour les autres achats, ils restent soumis au code des marchés publics.

Enfin, les besoins (notamment le recours à un expert) des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) institués dans les services de l'État ou les établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial sont soumis au code des marchés publics. En effet, ces comités n'ont pas la personnalité morale et ce sont donc les règles posées par le code des marchés publics qui s'appliquent.

28. CE, 13 janvier 1995, Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne, n° 68117 ; CE, 9 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, n° 70836.



2.2.2 Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux

Le code des marchés publics s'applique aux marchés des collectivités territoriales métropolitaines, qu'elles relèvent du droit commun (communes, départements, régions) ou qu'elles soient dotées d'un statut spécifique (communes de Paris, Lyon, Marseille, communes d'Alsace-Moselle).

Il s'applique également aux régions et départements d'outre-mer. En revanche, il ne régit pas les marchés des collectivités d'outre-mer qui disposent de leur réglementation propre. Dans ces collectivités, il appartient en effet aux assemblées délibérantes de déterminer les règles applicables en la matière.

Contrairement aux établissements publics de l'État, tous les établissements publics des collectivités territoriales sont soumis au code des marchés publics, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial. Le code s'applique aussi bien à ceux d'entre eux qui ont le statut d'établissement public territorial (structures de coopération intercommunale) qu'à ceux à caractère purement fonctionnel (centres communaux d'action sociale). Il a en outre été jugé que les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales²⁹. Seule exception, les offices publics de l'habitat, qui, en vertu de l'article L 421-26 du code de la construction et de l'habitation, sont soumis aux règles fixées par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (cf. point 2.3.6).

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement. Dès lors qu'un article du code vise les collectivités territoriales, il s'applique également à leurs établissements publics.

Enfin, en vertu de la réglementation qui leur est propre, les établissements publics locaux d'enseignement (collèges, lycées d'enseignement général, technologique et professionnel et les établissements d'éducation spéciale) sont soumis aux règles du code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales.

2.2.3. Marchés passés ou/et exécutés à l'étranger

Les marchés passés en France par les pouvoirs adjudicateurs précités et exécutés matériellement à l'étranger sont soumis à la loi française et donc au code des marchés publics. En revanche, sauf décision des parties de s'y soumettre volontairement, le code des marchés publics ne s'applique pas aux marchés passés et exécutés à l'étranger par des pouvoirs adjudicateurs français³⁰. Néanmoins, les principes fondamentaux de la commande publique de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, ainsi que les règles de transparence s'appliquent à ces marchés³¹.

2.3. Pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005

L'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée précise :

« Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour

29. CE, 13 septembre 1995, Favier, n° 125018.

30. CE, 4 juillet 2008, Société Colas Djibouti, n° 316028 : construction d'une trésorerie et restructuration du consulat général de France à Djibouti.

31. CE, 29 juin 2012, 7^{ème} et 2^{ème} sous-section réunies, Société Pro 2C, n° 357976.

satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance.

2° La Banque de France, L'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des sciences morales et politiques ;

3° La Caisse des Dépôts et Consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.

5° Tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.»

L'ordonnance retient un périmètre quasi-analogue à celui qui figurait déjà dans la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

2.3.1 Les personnes de droit privé relevant du 1° de l'article 3

Parmi les personnes soumises à l'ordonnance, certaines ont un statut de droit privé, d'où la nécessité d'une analyse au cas par cas afin de vérifier si ces acheteurs satisfont ou non aux critères posés par la directive.

2.3.2 Les personnes de droit public relevant du 1° de l'article 3

Parmi les personnes soumises à l'ordonnance, d'autres ont un statut de droit public. On trouve ici les groupements d'intérêt public (GIP) et les établissements publics industriels et commerciaux nationaux (EPIC) satisfaisant spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Il s'agit d'EPIC gérant de manière effective des activités de nature administrative et remplissant les critères posés par la définition européenne d'organisme de droit public. C'est notamment le cas des établissements publics qui gèrent à la fois un service public administratif et un service public à caractère industriel ou commercial ou le cas des « faux-EPIC » qui ne gèrent pas de service public industriel ou commercial mais pour lesquels cette qualification d'EPIC a été retenue par le législateur afin qu'il bénéficie d'un mode de gestion privée.



Seuls les EPIC gérant un service exclusivement industriel ou commercial échapperont à la qualification d'organisme de droit public au sens du droit de l'Union, et par-delà aux règles fixées par l'ordonnance.

2.3.3 Les entités nominativement énumérées aux 2° et 3° de l'article 3

Des entités sont nominativement mentionnées : Banque de France, Institut de France, Académie française, Académie des inscriptions et belles-lettres, Académie des sciences, Académie des beaux-arts, Académie nationale de médecine, Académie des sciences morales et politiques et Caisse des Dépôts et Consignations.

Antérieurement, la loi de 1991 précitée ne mentionnait que la Banque de France. Dès l'adoption de l'ordonnance du 6 juin 2005, il a été décidé de soumettre expressément la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) à cette ordonnance afin de clarifier le régime juridique de ses achats. Cette désignation expresse met donc un terme au contentieux relatif à la soumission de la CDC au code des marchés publics.

La loi de programme pour la recherche n° 2006-450 du 18 avril 2006 a complété cette liste nominative en y ajoutant l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des sciences morales et politiques.

Enfin, l'article 110 de loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche a ajouté à cette liste l'Académie nationale de médecine.

2.3.4 Les pouvoirs adjudicateurs relevant du 4° de l'article 3

Au 4° de l'article 3 de l'ordonnance, une troisième catégorie de pouvoirs adjudicateurs rassemble les groupements et associations formés par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

2.3.5 Les pouvoirs adjudicateurs relevant du 5° de l'article 3

La loi de programme pour la recherche n° 2006-450 précitée a introduit une quatrième catégorie de pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance en ajoutant un 5° à l'article 3 pour tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique. Il convient de bien noter que ces établissements de recherche ne relèvent du régime juridique de l'ordonnance que pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche. En dehors de ces activités de recherche, ces établissements sont soumis au code des marchés publics.

2.3.6 Les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance par des dispositions spécifiques

Sont soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 en vertu de textes spécifiques :

- Les offices publics de l'habitat (art. L. 421-26 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Les organismes privés d'habitation à loyer modéré (art. L. 433-1 du code de la construction et de l'habitation) ;

- Les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux (art. L. 481-4 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Pôle Emploi (art. L. 5312-8 du code du travail) ;
- Association pour l'accès aux garanties locatives (art. L313-33 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Association Foncière Logement (art. L 313-34 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Le foyer d'entraide de la Légion étrangère (art. R 3418-11 du code de la défense) ;
- Certaines autorités administratives indépendantes³² :
 - Haut Conseil du commissariat aux comptes (art. R 821-14-19 du code de commerce),
 - Haute Autorité de Santé (art. R 161-101 du code de la sécurité sociale),
 - Agence française de lutte contre le dopage (art. R 232-41 du code du sport),
 - Autorité des marchés financiers (art. R 621-26 du code monétaire et financier),
 - Autorité de régulation des activités ferroviaires (art. 31 du décret n° 2010-1023 du 1^{er} septembre 2010).

³². Par dérogation au principe selon lequel les autorités administratives indépendantes sont soumises au code des marchés publics (cf. point 2.2.1).



FICHE 2

Marchés publics et autres contrats

Tous les contrats publics ne sont pas des marchés publics.

La personne publique peut conclure des conventions, non pour satisfaire ses propres besoins, mais pour aider financièrement des projets, dont elle n'a pas l'initiative. Ce ne sont pas des marchés publics.

Ne constituent pas davantage des marchés publics tous les contrats qui comportent une commande de travaux, fournitures ou services de la part des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, même s'ils relèvent de la commande publique.

La présente fiche répertorie ces différents contrats, régis par des régimes juridiques différents¹.

I. Les marchés publics se distinguent des subventions

Tous les contrats que l'administration conclut ne sont pas nécessairement des marchés publics. Ils peuvent constituer des conventions d'objectifs régies par le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001, pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques. Ces dispositions imposent la conclusion d'une convention avec tout organisme bénéficiant d'une subvention supérieure à 23 000 euros.

Les subventions constituent des « *contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent* »².

Un contrat de subvention peut notamment être conclu à l'issue d'un appel à projets. Dans ce cadre, une personne publique annonce qu'elle dispose de budgets destinés à être distribués sous forme de subventions. Elle se borne ainsi à identifier les initiatives et les projets d'opérateurs qui favorisent la mise en place d'une politique publique.

1. Pour plus d'informations sur les textes applicables, voir la rubrique « Textes relatifs aux autres contrats de la commande publique » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/textes-relatifs-aux-autres-contrats-commande-publique#contrats>.

2. Article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations modifié par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

Elle présente un cadre général, identifie une problématique, mais ne définit pas la solution attendue³.

Deux critères permettent de distinguer la subvention du marché public : l'initiative du projet et l'absence de contrepartie directe.

1.1. L'initiative du projet

Dans le cadre d'un marché public, le prestataire agit à la demande d'une personne publique pour répondre aux besoins qu'elle a elle-même définis. La subvention, en revanche, est destinée à soutenir financièrement une action initiée, définie et mise en œuvre par un tiers, éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une autorité administrative.

Exemples :

- Rémunérer une entreprise de spectacle pour l'organisation d'un festival de musique réalisé à la seule initiative de la commune constitue le prix d'un marché public⁴.
- Les aides conventionnées accordées par l'État aux ateliers et chantiers d'insertion (ACI) dans le cadre du dispositif d'insertion par l'activité économique de personnes sans emploi constituent des subventions.

1.2. L'absence de contrepartie directe

La collectivité, qui accorde une subvention, n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire⁵.

Cependant, le juge considère qu'il y a marché public lorsque les sommes versées correspondent à des prestations de services individualisées, commandées par la personne publique dans le cadre de ses compétences après qu'elle ait défini ses propres besoins⁶.

L'absence de contrepartie de la subvention n'implique, toutefois, pas l'absence de conditions à l'utilisation des fonds pour son bénéficiaire. Dans la mesure où une subvention est subordonnée à un motif d'intérêt général, la collectivité publique peut subordonner son octroi à une utilisation déterminée des fonds.

2. Les marchés publics se distinguent du mécénat

Les contrats conclus par les personnes publiques peuvent avoir pour objet « *le soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général* »⁷. Ces contrats permettent ainsi aux personnes publiques de bénéficier de libéralités émanant d'un mécène.

Plusieurs types de mécénat coexistent.

3. Cf. Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément.

4. CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-Les-Plages*, n° 342520.

5. CE Sect., 6 juillet 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais*, n° 88224.

6. CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, n° 28441.

7. Cf. annexe I « Liste des termes d'usage obligatoire » de l'arrêté du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière.



Le soutien du mécène peut prendre la forme d'un versement en numéraire (mécénat « *financier* »). Le don peut également revêtir la forme d'un mécénat « *en nature* », consistant en la mise à disposition de locaux ou de biens. Enfin, il existe un troisième type de mécénat, celui « *de compétences* », consistant pour une entreprise à mettre à disposition du bénéficiaire, dans le cadre d'un projet déterminé, le savoir-faire et les compétences de sa main-d'œuvre.

En principe, la convention de mécénat ne revêt pas la nature d'un marché public. Toutefois, elle peut être requalifiée en marché lorsque la personne publique consent, en contrepartie du mécénat, une contreprestation dont la valeur n'est pas manifestement inférieure à celle de la libéralité obtenue⁸.

3. Les marchés publics se distinguent des conventions de délégation de services publics

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef », définit la délégation de service public comme un « *contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

Trois éléments cumulatifs permettent d'identifier une délégation de service public :

- l'instrument juridique : une convention entre une personne publique et une entreprise ;
- l'objet de la convention : l'exploitation d'un service public ;
- l'élément financier : une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

L'élément financier constitue le critère essentiel de distinction du marché public et de la délégation de service public. Le caractère onéreux d'un marché public réside soit dans le versement d'une somme d'argent par l'acheteur public, soit dans la rétribution par d'autres formes de contreparties (contreparties en nature, exonération de charges, autorisations de percevoir des recettes auprès de tiers, etc.). À cet égard, l'origine des recettes perçues par le prestataire (redevances versées par l'usager ou paiement d'une somme par la collectivité) est en elle-même sans incidence sur la qualification de marché public ou de délégation de service public⁹.

Dans le cadre d'une délégation de service public, la rémunération du délégataire est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Un tel lien est reconnu dès lors que le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation. Le critère du risque est un élément intrinsèque du critère financier¹⁰.

8. L'instruction de la DGFiP du 12 septembre 2012 précise, à cet égard, que le régime fiscal du mécénat ne s'applique que lorsque la contreprestation présente une « *une disproportion marquée entre les sommes données et la valorisation de la « prestation » rendue par l'organisme bénéficiaire des dons* ».

9. CE, 26 septembre 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures », n° 359389.

10. CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794.

4. Les marchés publics se distinguent des concessions de travaux publics

Les concessions de travaux publics sont régies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 et par le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010¹¹. Ce sont « *des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (article 1^{er} de l'ordonnance).

La distinction entre concession de travaux publics et marché public de travaux réside dans la contrepartie de la prestation. Le marché de travaux comporte une contrepartie, qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au titulaire. Dans la concession de travaux publics, la contrepartie de la prestation consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage réalisé, soit seul, soit assorti d'un prix.

Ce mode de rémunération implique, de la même façon que pour les délégations de service public, que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage en question. Si le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque, en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'opération constitue un marché de travaux¹². Par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur confie au prestataire à la fois la conception et la construction de l'ouvrage ainsi que son exploitation, la convention est qualifiée de concession de travaux si son objet principal est la réalisation des travaux¹³.

Le concessionnaire de travaux publics assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

5. Les marchés publics se distinguent des contrats de partenariat

Les contrats de partenariats sont régis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée, pour l'État et ses établissements publics, repris par le code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux¹⁴.

Ce contrat se définit comme un contrat administratif, par lequel un pouvoir adjudicateur « *confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public* ». Il peut avoir également pour objet « *tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations* ».

11. Pour plus de précisions, voir la fiche consacrée au décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 consultable à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/autres-textes/fiche-decret-406-2010-26-avril-2010.pdf

12. CJUE, 13 novembre 2008, Commission des Communautés européennes contre République italienne, aff. C-437/07.

13. CE, Avis, 21 juin 2011, n° 385183 ; CAA Nancy, 30 septembre 2013, Société France Télécom, n° 12NC00735.

14. Articles L. 1414-1 à L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales.



de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée » (I de l'article 1^{er} de l'ordonnance).

Le contrat de partenariat autorise une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat. Cette rémunération n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Les coûts d'investissement sont ainsi lissés, au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

Au terme du contrat, le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien¹⁵.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Au sens du droit de l'Union européenne, le contrat de partenariat est un marché public dès lors que les directives marchés ne font pas de la maîtrise d'ouvrage un critère de qualification du contrat et que le titulaire du contrat est rémunéré, durant toute la durée du contrat, par un prix versé par l'administration.

6. Les marchés publics se distinguent des autres contrats permettant aux collectivités publiques d'associer des partenaires privés à la réalisation d'ouvrages

6.1. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

6.1.1. Définition du BEA

Le bail emphytéotique est un contrat, régi par l'article L.451-1 du code rural, aux termes duquel « *le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction* ».

La différence entre le bail emphytéotique et le marché public découle de la maîtrise d'ouvrage des travaux qui, dans le cadre d'un tel bail, incombe à l'emphytéote et non pas à la personne publique¹⁶.

Les collectivités publiques peuvent conclure un bail emphytéotique administratif sur leur domaine privé.

Le recours à ce type de contrat a également été autorisé par le législateur sur les dépendances du domaine public afin de favoriser le financement privé d'ouvrages publics. Le bail emphytéotique administratif permet ainsi à une collectivité publique de concéder un terrain à un tiers qui pourra y construire un ouvrage, lequel deviendra, à l'issue du bail, propriété de la collectivité.

15. CE, 5 février 2014, Société Equalia et Polyxo, n° 371121.

16. CE, sect., 25 février 1994, SA Sofap Marignan Immobilier, n° 144641, 145406 ; CE, avis, 31 janvier 1995, n° 356960 ; CE, 16 février 2005, Commune d'Hyères, n° 211039 ; CAA Versailles, 6 novembre 2014, Madame B et autres, n° 12VE03392.

6.1.2. Conditions de recours au BEA

6.1.2.1. Pour les collectivités territoriales

En vertu de l'article L.1311-2 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales peuvent y recourir :

- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence¹⁷ ;
- soit en vue de l'accomplissement, pour leur propre compte, d'une mission de service public ;
- soit en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public ;
- soit en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ;
- soit en vue de la restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur d'un bien immobilier, pourvu que ce bien ne constitue pas un édifice du culte ouvert au public affecté à une association.

Le dernier alinéa de l'article L. 1311-2 précise que, le cas échéant, la passation d'un BEA sera précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence préalable et qu'un décret en Conseil d'État¹⁸ en précisera les modalités.

6.1.2.2. Pour les établissements publics de santé

L'article L. 6148-2 du code de la santé publique précise que le BEA permet à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, propriétaire d'un bien immobilier, de le louer :

- soit en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public, dont ils sont chargés ;
- soit, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit, en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé, avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Les baux emphytéotiques hospitaliers sont des BEA soumis à des obligations spécifiques quant à leur contenu et à leur mode de passation (code de la santé publique, art. L. 6148-5 à L. 6148-5-3).

6.1.2.3. Pour l'État et certains de ses établissements publics

L'article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques permet à l'État et aux chambres de commerce et de l'industrie, aux chambres des métiers et de l'artisanat et aux chambres de l'agriculture de recourir au BEA pour restaurer, réparer ou mettre en valeur leurs biens immobiliers (« BEA Valorisation »).

Enfin, l'article 7-I de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés permet à l'État et, sous

17. CE, 19 novembre 2013, *Société nationale immobilière*, n° 352488.

18. Cf. décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs et sa fiche explicative consultable à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/autres-textes/fiche-decret-2011-2065.pdf



réserve de leur spécialité, à ses établissements publics, de recourir au BEA sur leur domaine public, en vue de la réalisation de logements sociaux (« BEA Logements sociaux »). Dans tous les cas, le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

6.2. Les autorisations d'occupation du domaine public

L'État et ses établissements publics (articles L. 2122-6 et s. du code général de la propriété des personnes publiques), ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements (art. L. 1311-5 et s. du code général des collectivités territoriales), peuvent délivrer sur leur domaine public, des autorisations d'occupation temporaires, permettant d'accorder à des tiers des droits réels, afin que ces derniers construisent un ouvrage qu'ils exploitent ou qu'ils louent à la collectivité.

Pour les collectivités territoriales, le recours aux AOT n'est possible qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général.

Pour l'État et ses établissements publics, le droit réel est limité aux ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par le titre d'occupation.

En outre, si l'objet principal d'un contrat n'est pas d'occuper le domaine public pour l'exercice d'une mission de service public ou une opération d'intérêt général, mais de satisfaire un besoin de la personne publique et qu'il comporte un caractère onéreux, le juge pourra le requalifier en marché public soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence ou en délégation de service public¹⁹.

À l'inverse, un contrat ayant pour objet d'autoriser l'occupation du domaine public par une association ne traduit pas nécessairement l'organisation d'un service public par la personne publique et n'est donc pas considéré comme un contrat de la commande publique mais comme un contrat d'occupation du domaine public²⁰. De même, un contrat ayant pour objet l'installation et l'exploitation de colonnes et de mâts porte-affiches sur le domaine public n'est pas qualifiable de marché public dès lors qu'il ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte et bien qu'il se rattache à un intérêt général s'attachant pour la commune, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire. A cet égard, la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine public ne caractérise pas un abandon de recettes²¹.

Enfin, un contrat autorisant, à titre exclusif et en contrepartie d'une redevance, une activité de régie publicitaire sur le domaine public, dont le cocontractant définit lui-même la teneur et l'étendue, ne répond pas à un besoin de la personne publique et est donc qualifié de concession d'occupation domaniale et non de marché public, dès lors que la mise à disposition des supports d'affichage au profit de la collectivité ne répond qu'à un contrôle de l'occupation de la dépendance domaniale²².

À l'issue de la période d'occupation autorisée, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être dé-

19. CE, 3 juin 2009, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, n° 311798 ; CE, 19 janvier 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre*, n° 341669.

20. CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272 et 338527.

21. CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593.

22. CE, 3 décembre 2014, *Etablissement public Tisséo*, n° 384170.

molis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier, dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté, deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de la collectivité²³.

Pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie, des armées ou des services du ministère de la défense, l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques permet à l'État de prendre à bail l'ouvrage construit par l'occupant et, le cas échéant, de lever une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les ouvrages édifiés (AOT/LOA). Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

6.3. La vente en futur état d'achèvement (VEFA)

La vente en l'état futur d'achèvement est un contrat, par lequel un tiers construit un ouvrage, dont il revend une partie à l'administration au fur et à mesure de la construction de cet ouvrage (cf. art. 1601-3 du code civil). Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage, jusqu'à la réception des travaux. Ainsi, lorsque la VEFA est utilisée par une personne publique, l'édification d'équipements publics est effectuée sous maîtrise d'ouvrage privée. Or, en principe, les personnes publiques ayant la qualité de maître de l'ouvrage au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985²⁴ ont une obligation d'assumer cette fonction et ne peuvent s'en dessaisir.

Le juge administratif a jugé que les collectivités publiques peuvent recourir à la VEFA²⁵, mais « *ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque* » :

- a) l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble ;
- b) l'immeuble est construit pour le compte du pouvoir adjudicateur ;
- c) l'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur ;
- d) l'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur.

Ainsi, si le montage utilisé a pour objet de faire édifier, pour le compte d'une personne publique, un immeuble conçu en fonction des besoins propres de cette dernière et destiné à devenir entièrement sa propriété, le juge considère que la personne publique reste maître de l'ouvrage et est tenue de passer un marché public²⁶.

Enfin, en toute hypothèse, le dispositif de la VEFA s'analyse comme un marché public de travaux au sens du droit de l'Union européenne qui ne retient pas le critère de la maîtrise

23. CE, 27 février 2013, *ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État*, n° 337634.

24. Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

25. CE sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, n° 57679 ; voir également CAA Bordeaux, 19 mars 2002, *Communauté urbaine de Bordeaux*, n° 97BX01384, CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, *M. Jean-Louis C. et M. André M.*, n° 01BX00788 et CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, n° 280370.

26. CE, avis, 31 janvier 1995, n° 356960.



d'ouvrage pour définir un marché²⁷. Dès lors, l'attribution d'un contrat de VEFA doit être préalablement soumise aux mesures de publicité et de mise en concurrence issues du droit de l'Union européenne.

6.4. Les contrats globaux spéciaux pour les services de l'État et les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique

Les contrats globaux spéciaux permettent à l'État ou aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire, dotées de la personnalité morale publique, de confier à un même prestataire une mission globale, qui va de la construction à l'entretien et la maintenance des ouvrages construits.

Ces contrats, qui permettent un paiement différé et globalisé de l'ensemble des prestations par le pouvoir adjudicateur, ne sont pas des « marchés publics » au sens du droit français. Toutefois, ces contrats constituent des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne. Ils sont assujettis, pour leur passation, aux procédures prévues par le code des marchés publics.

Les contrats globaux spéciaux concernent les domaines suivants :

- les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense²⁸ ;
- les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur²⁹ ;
- les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris³⁰ ;
- les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles³¹ ;
- les établissements pénitentiaires³² ;
- les centres de rétention et les zones d'attente³³ ;
- les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions de l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique³⁴.

27. CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, point 67.

28. Art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (Lopsi).

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. Art. 35 septies de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

34. Art. L. 6148-7 du code de la santé publique.

FICHE **3****Les marchés publics de défense
ou de sécurité**

Le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité décret, dans le code des marchés publics, une troisième partie relative aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Ce décret transpose la directive 2009/81/CE¹, qui harmonise les règles de passation des marchés publics de défense ou de sécurité et précise les modalités d'application de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité.

Deux arrêtés complètent ce dispositif :

- l'arrêté du 3 octobre 2011 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres ;
- l'arrêté du 8 mars 2012 pris en application de l'article 212 du code des marchés publics fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres de défense ou de sécurité.

I. Un champ d'application strictement délimité**I.1. La troisième partie du code des marchés publics ne s'applique pas aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux**

Le champ d'application est limité à l'État et ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial (article 178). Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ne peuvent pas recourir aux dispositions de la troisième partie du code.

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 peuvent choisir, au cas par cas, de recourir à la troisième partie du code des marchés publics pour passer leurs marchés de défense ou de sécurité (articles 3 II et 4 II de l'ordonnance).

I.2. La troisième partie du code des marchés publics s'applique aux seuls marchés de défense ou de sécurité

L'article 179 limite l'application des dispositions de la troisième partie aux marchés de défense et aux marchés de sécurité.

1. Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Les marchés de défense sont les marchés ayant pour objet la fourniture d'équipements militaires, des travaux, fournitures ou services directement liés à ces équipements, ou des travaux et services acquis à des fins spécifiquement militaires.

Les marchés de sécurité sont divisés en deux catégories. Ils regroupent les marchés ayant pour objet la fourniture d'équipements, des travaux ou des services destinés à la sécurité et faisant intervenir, nécessitant ou comportant des supports ou informations protégées ou classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale, ainsi que les marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services directement liés à un équipement de sécurité.

2. Les obligations de publicité et de mise en concurrence dépendent de la sensibilité du marché

2.1. Les marchés les plus sensibles échappent à toute règle de passation

Les articles 180 à 184 du CMP définissent de manière autonome 22 situations d'exclusion.

Certaines exclusions sont communes aux autres parties du code :

- droit exclusif (art. 180-1°),
- marchés de services relatifs à l'acquisition de biens immobiliers (art. 180-2°),
- services financiers (art. 180-3°),
- services d'arbitrage et de conciliation (art. 180-9°),
- contrats de travail (art. 180-10°),
- contrat passé avec un organisme sous contrôle de la personne soumise à la partie III du code et exerçant l'essentiel de son activité pour celle-ci (art. 181),
- certains marchés passés pour l'exercice d'une activité d'opérateurs de réseaux (art. 182 à 184).

D'autres exclusions sont spécifiques aux marchés de défense ou de sécurité :

- recherche et développement (art. 180-4°),
- intérêts essentiels de sécurité de l'État² (art. 180-5° et 6°),
- marchés passés en vertu de la procédure propre d'une organisation internationale (art. 180-7°),
- marchés passés en vertu de règles internationales relatifs au stationnement de troupes (art. 180-8°),
- activités de renseignement (art. 180-11°),
- activités de recherche et développement en coopération entre États (art. 180-12°),
- marchés passés pour des besoins opérationnels hors Europe (art. 180-13°),
- marchés passés avec un État ou une collectivité territoriale étrangère (art. 180-14°),

2. Ces deux cas d'exclusion sont les héritiers du régime juridique qui était, jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 24 septembre 2011, fixé par le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.



– marché mixte (entrant pour partie dans le champ de la troisième partie du code et qui échappent pour le reste au champ d'application des trois directives marchés publics), lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives (art. 180-15°).

2.2. Le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence est plus large que celui applicable aux marchés du secteur classique

L'article 208 dresse la liste des marchés pour lesquels il est possible de recourir à la procédure négociée sans publicité préalable, ni mise en concurrence. Cette liste reprend les cas prévus à l'article 35 du code des marchés publics et en crée de nouveaux adaptés à la spécificité des marchés de défense ou de sécurité.

La procédure négociée, décrite à l'article 244, oblige le pouvoir adjudicateur à adresser aux candidats les documents de la consultation nécessaires à l'élaboration de leur offre, mais il peut, pour des raisons tendant au volume ou à la confidentialité de ces documents, offrir la possibilité de les consulter uniquement sur place³.

2.3. Les marchés de défense ou de sécurité soumis aux procédures de passation bénéficient de conditions de publicité et de mise en concurrence adaptées à leurs spécificités

Le seuil au-delà duquel la procédure formalisée est obligatoire est fixé pour les fournitures et les services à 414 000 euros HT et pour les marchés de travaux à 5 186 000 euros HT.⁴

Au-dessus de ces seuils, l'acheteur peut notamment choisir de recourir librement à la procédure négociée après publicité et mise en concurrence (article 201). Le recours à la procédure négociée avec publication préalable et mise en concurrence n'est soumis à aucune condition.

En deçà de ces seuils, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée (article 203). Au-delà de 90 000 euros, une publication au *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics* ou dans un journal d'annonces légal est obligatoire (article 212).

3. La protection de la sécurité des approvisionnements et la sécurité des informations

L'acheteur peut tenir compte des garanties offertes en matière de sécurité des approvisionnements par les candidats au cours du processus de sélection des candidatures ou des offres (article 53, articles 215, 220, 228), mais aussi imposer des conditions particulières au cours de l'exécution du contrat (article 194).

3. CE, 11 mars 2013, *Ministère de la défense contre Société Aeromécanic*, n° 364827.

4. Le seuil en deçà duquel l'acheteur fixe librement, dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, les conditions de publicité et de mise en concurrence, est fixé dans la première partie du code des marchés publics pour les fournitures et les services de l'Etat à 134 000 euros HT et pour les marchés de travaux à 5 186 000 euros HT.

Il peut, pour les mêmes motifs, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire (articles 278 et 283).

Des exigences particulières garantissant la sécurité des informations peuvent être imposées tout au long de la procédure de passation (articles 207, 215, 220, 227) ou au cours de l'exécution du marché (article 194).

L'acheteur peut, pour les mêmes motifs, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire (articles 278, 283).

4. La prise en compte des « sous-contractants »

La notion de sous-traitant en droit européen est plus large qu'en droit national. Contrairement à la définition européenne⁵, la loi relative à la sous-traitance⁶ exclut les marchés de biens ou services standardisés qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de la personne publique.

Il a donc été nécessaire, de créer, dans le droit français, une catégorie nouvelle, celle des sous-contractants. Celle-ci inclut les sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975 et les fournisseurs de biens ou services courants ne nécessitant pas d'adaptation spécifique pour répondre aux besoins de la personne publique⁷.

Le choix de ne pas appliquer aux sous-contractants les mêmes obligations que celles qui pèsent actuellement sur les sous-traitants en droit national a rendu nécessaire la création de deux régimes distincts :

– un régime applicable aux sous-contrats *qui sont des contrats de sous-traitance au sens du droit interne*. Ce régime est le même que celui prévu dans la première partie du code des marchés publics et issu de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-traitants, etc.) ;

– un régime applicable aux sous-contrats *qui ne sont pas des contrats de sous-traitance*. Ces contrats sont soumis à un régime plus souple que celui applicable aux contrats de sous-traitance (pas de paiement direct obligatoire, pas d'obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-contractants, etc.).

Le code prévoit la possibilité d'écarter un sous-contractant s'il fait l'objet d'une interdiction de soumissionner ou s'il ne présente pas les garanties suffisantes en termes de capacités techniques, professionnelles et financières (articles 278 et 283). L'acheteur public peut exiger du titulaire qu'il mette en concurrence ses sous-contractants (article 285) ou lui imposer de sous-contracter une partie de son marché dans la limite de 30% du montant du marché (article 286). Le titulaire du marché a l'obligation de choisir ses sous-contractants de manière non discriminatoire (article 275).

5. Article 1^{er} de la directive 2009/81/CE, point 22.

6. Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

7. Article 37-2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.



5. L'allotissement au choix

Les marchés de défense ou de sécurité peuvent donner lieu à un marché global ou à un marché alloti (article 189). L'acheteur public choisit donc librement entre ces deux modalités, en fonction notamment des avantages économiques, techniques ou financiers qu'elles procurent.

6. Certains marchés peuvent prévoir des provisions pour aléas

Pour les marchés de défense ou de sécurité comportant des aléas techniques importants, l'acheteur public peut prévoir, dans des cas justifiés, l'acquisition en cours d'exécution du marché d'une part de fournitures ou de services qui n'ont pu être définis avec précision dans le marché initial pouvant aller jusqu'à 15% du montant de ce marché (article 247).

7. Le dispositif législatif de préférence communautaire est mis en œuvre

L'article 215 met en œuvre le principe législatif⁸ d'exclusion des opérateurs économiques provenant d'États tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen des marchés de défense ou de sécurité. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois décider d'autoriser ces opérateurs à participer à la procédure de passation.

Si cette autorisation est donnée, le pouvoir adjudicateur conserve la possibilité de rejeter ces opérateurs économiques issus des pays tiers à l'Union européenne et à l'Espace économique européen préalablement à l'examen de leur candidature, sur la base de critères énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Ces critères sont établis au regard, notamment, des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, de la nécessité de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable et des exigences de réciprocité (article 232).

8. Des dispositions d'exécution financière particulières

Les marchés de défense ou de sécurité passés par les services du ministère de la défense bénéficient de dispositions d'exécution financière spécifiques (articles 260 à 274).

8. Article 5 de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 insérant un article 37-3 dans l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

8.1. Le paiement différé

Pour ces marchés, afin de tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service, une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché d'une clause prévoyant un paiement différé (article 266).

8.2. L'avance

À l'exception des avances octroyées aux petites et moyennes entreprises, soumises à un régime plus souple, une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché, de la tranche affermie ou du bon de commandes, est supérieur à 250 000 euros HT, et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à trois mois (article 261).

8.3. La retenue de garantie

Le montant de la retenue de garantie qui peut être exigée du titulaire pour couvrir les réserves à la réception des fournitures, des travaux ou des services est fixé à 10% du montant du marché (article 268), contre 5% pour les marchés de droit commun.



FICHE 4

Les exclusions de l'article 3 du code des marchés publics

Un contrat répondant à la définition d'un marché public peut ne pas être soumis aux dispositions du code des marchés publics (CMP) s'il peut entrer dans l'une des hypothèses de son article 3.

Retenant l'approche énumérative de la directive européenne 2004/18/CE¹, l'article 3 du CMP identifie 14 catégories de contrats qui sont exclus du champ d'application du code, quel que soit leur montant.

Ces exclusions tiennent soit à la qualité du cocontractant du pouvoir adjudicateur (1° et 2°), soit à l'objet du marché (3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 10°, 11°, 12°, 13° et 14°) ou sont en lien avec une organisation particulière (8° et 9°).

De manière générale, les exclusions procèdent de l'idée que certains marchés, à raison de leurs spécificités, n'ont pas à être soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence. Si un acheteur fait usage d'une de ces exceptions, il est exonéré du respect des règles de passation et d'exécution prévues par le code.

Attention ! Les conventions de mandat, autrefois exclues du champ d'application du code, ne figurent plus parmi les exceptions de l'article 3 du CMP².

La présente fiche a pour objectif, à l'aide d'exemples concrets, de permettre aux acheteurs publics de déterminer quels contrats peuvent sortir du champ d'application du code des marchés publics.

Les développements qui suivent se limitent aux exclusions prévues du 2° au 14° de l'article 3 du CMP. Ne sont donc pas traités les contrats relevant du 1° de l'article 3. Il est renvoyé sur ce point à la fiche technique relative aux contrats conclus entre entités appartenant au secteur public.

I. Accords-cadres et marchés exclus en raison du cocontractant : l'octroi d'un droit exclusif (art. 3-2° du CMP)

Le 2° de l'article 3 du CMP exclut de son champ d'application les accords-cadres et marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur soumis au code ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 lorsque ce pouvoir adjudicateur bénéficie, sur le fondement d'une décision légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

1. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

2. CE, Assemblée, 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux* (UNSPIC), n°233372.

Le droit exclusif se définit comme la situation dans laquelle le cocontractant d'un pouvoir adjudicateur se voit confier, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a donc pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause³.

Attention ! Les notions de droits spéciaux et de droits exclusifs ne se confondent pas⁴. A la différence du droit exclusif où un acte de puissance publique a entendu réserver l'exercice d'une activité à une personne déterminée, le droit spécial est octroyé à plusieurs opérateurs.

Cette exception, cantonnée aux marchés de services, oblige le pouvoir adjudicateur à s'adresser directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, au bénéficiaire du droit exclusif aux fins d'exécuter une prestation de service⁵.

Si elle est admise par le code, cette exception est néanmoins strictement encadrée⁶.

- **Fondement de la disposition instituant un droit exclusif.** L'application du code ne peut être écartée que si le droit exclusif dont bénéficie le prestataire découle d'une disposition légalement prise. Le droit exclusif résulte nécessairement d'un texte législatif ou réglementaire. Le texte, lorsqu'il attribue le droit, définit la mission d'intérêt général confiée au cocontractant et précise les obligations qui lui sont imposées. Le contenu, la durée et les limites de l'activité doivent également être précisément définis.

Le droit exclusif doit être antérieur au marché⁷. Il ne peut être accordé simultanément, c'est-à-dire par le contrat lui-même⁸.

Ex. : Un droit exclusif peut être octroyé par une disposition législative.

L'Agence nationale des chèques vacances (ANCV) bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise (article L. 411-13 du code du tourisme), du droit exclusif d'émission des chèques vacances. En conséquence, le marché passé avec cet établissement est exclu du champ d'application du CMP.

- **Identité de la personne qui attribue le droit exclusif.** Ni le droit de l'Union européenne ni le 2° de l'article 3 du CMP ne mentionnent l'autorité compétente pour l'octroi d'un droit exclusif. Pour autant, la circonstance que le droit exclusif découle d'une décision légalement prise suffit à démontrer que seules les autorités publiques disposant du pouvoir législatif ou réglementaire sont compétentes pour octroyer de tels droits. Rien ne s'oppose toutefois à ce que le droit exclusif soit conféré par le pouvoir adjudicateur qui passe ensuite le contrat⁹.

- **Identité de la personne attributaire du droit exclusif.** Le cocontractant du pouvoir adjudicateur passant le marché doit lui-même avoir la qualité de pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁰.

3. CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géométrie*, n° 276928.

4. CJUE, 19 mars 1991, *France contre Commission, «Terminaux de Télécommunication»*, aff. C-202/88, points 32 et suivants.

5. CE, 3 mars 2006, *Sté François-Charles Oberthur Fiduciaire*, n°287960.

6. Voir fiche de la Commission européenne, *Directives secteurs, Définition des droits exclusifs et spéciaux*, CC/2004/33 FR du 18.6.2004.

7. CE, 5 mars 2003, n°233372, précité.

8. Conclusions H. Savoie sous CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont-de-Barr*, n°188239.

9. CE, Assemblée, 5 mars 2003, n°233372, précité.

10. Voir également les articles 136 et 180 du CMP ainsi que l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 sur la qualité du cocontractant du pouvoir adjudicateur passant le marché.



• **Régularité du droit exclusif avec le traité européen¹¹.** Le droit exclusif doit être régulièrement institué au regard du traité de l'Union européenne. Les conditions de validité d'un droit exclusif sont les suivantes :

- il doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt général confiée au contractant ;
- lorsque sont en cause des services d'intérêt économique général (SIEG), c'est-à-dire des activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public, le droit exclusif est justifié si, en son absence, son bénéficiaire ne serait pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été confiée ;
- conformément à l'article 106 du TFUE, le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé pour l'accomplissement d'une mission de SIEG justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question ;
- dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises édictées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à la double condition que les restrictions à ces règles soient propres à garantir l'objectif qu'elles visent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Ex. : L'octroi d'un droit exclusif aux seules mutuelles d'agents publics n'est pas justifié par l'intérêt général.

L'attribution de subventions accordées aux seules mutuelles constituées d'agents publics à l'exclusion de tout autre bénéficiaire a été considérée comme instituant une différence de traitement entre personnes placées dans la même situation non justifiée par l'intérêt général (CE, 26 septembre 2005, *Mutuelle générale des services publics*, n°262282).

L'octroi d'un droit exclusif ne doit pas non plus méconnaître le droit de la concurrence en conduisant son bénéficiaire à abuser systématiquement de la position dominante qui lui est conférée¹².

2. Accords-cadres et marchés exclus en raison de l'objet du marché

2.1. Accords-cadres et marchés d'acquisition ou de location d'immeubles (art. 3-3° du CMP)

Le CMP ne s'applique pas aux marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens (servitudes, droit d'usage, usufruit, ...¹³).

La justification de cette exclusion tient au fait que les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens concernent souvent un

11. SGAE, Guide relatif à la gestion des services d'intérêt économique général, Annexe 7, p. 34.

12. CE, 30 avril 2003, *Institut national de recherches archéologiques*, n° 244139.

13. En droit national, les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auxquels ils se rapportent (articles 517 et suivants du code civil). Cf. également CJUE, 16 janvier 2003, *Maierhofer*, aff. C-315/00 et CJUE, 3 mars 2005, *Fonden Marselisborg Lystødehavn*, aff. C-428/02.

périmètre géographique précis et reposent sur des critères subjectifs, rendant difficile l'application de mesures de publicité et de mise en concurrence¹⁴.

Ex. : La location d'une salle.

La location d'une salle aux fins d'organiser une manifestation n'est pas soumise aux dispositions du CMP. En revanche, un marché ayant pour objet non seulement la location de salle mais également des prestations de services annexes (par exemple d'accueil, de traiteur, de sécurité ou de nettoyage) n'est pas exclu du champ d'application du code et doit donner lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence dans les conditions prévues par le code des marchés publics.

Le terme « existant » permet de limiter le cas d'exclusion de l'application du CMP aux seuls marchés de services, les distinguant ainsi des marchés de travaux. Ainsi, si le contrat par lequel le pouvoir adjudicateur achète ou prend à bail n'est pas soumis au CMP, le fait de réaliser des travaux sur ce bien immobilier, pour les besoins propres de l'acheteur public, est qualifiable de marché public de travaux, soumis au CMP.

Ex. : Une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) peut ne pas être exclue du champ d'application du code des marchés publics.

Une VEFA, prévue à l'article 1601-3 du code civil, est une opération d'acquisition d'un bien immobilier exclue du champ d'application du CMP. Elle sera requalifiée en marché de travaux soumis au CMP lorsque la personne publique aura agi, en réalité, comme un maître d'ouvrage (CE, 8 février 1991, *région Midi-Pyrénées*, n°57679 ; CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes Millau Grands Causses*, n°280370).

A l'instar de la VEFA, le bail en l'état futur d'achèvement suppose que la construction de l'ouvrage n'ait pas pour objet spécifique et exclusif de répondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur¹⁵.

Attention ! Les contrats de services financiers demeurent soumis aux dispositions du CMP dès lors qu'ils sont conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location.

Ex. : Un contrat de mandat de vente est soumis aux dispositions du CMP.

Le contrat de mandat de vente d'un bien immobilier s'analyse comme un marché public de services au sens de l'article 1^{er} du code. Il est, en effet, conclu en vue de la fourniture à un pouvoir adjudicateur d'une prestation de services à titre onéreux. (TC, 14 mai 2012, *Société La Musthyere contre Commune d'Evry*, n°C3860).

2.2. Accords-cadres et marchés relatifs à des programmes de radiodiffusion et au temps de diffusion (art. 3-4° du CMP)

Les marchés et accords-cadres qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion sont exclus du champ d'application du CMP. Il en va de même pour les marchés concernant les temps de diffusion.

L'exclusion procède de l'idée selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir tenir compte, pour certains services audiovisuels dans le domaine de la radiodiffusion, de considérations sociales et culturelles rendant inadéquates les procédures de passation des marchés publics¹⁶.

La dispense de toute mesure de publicité et de mise en concurrence concerne :

- les services de médias audiovisuels et radiophoniques. L'exclusion ne concerne que les marchés de services qui touchent à la fonction propre des organismes de radiodiffusion, à savoir la création et la réalisation de programmes, pour des motifs d'ordre culturel et social¹⁷ ;
- l'achat de temps de diffusion.

14. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 24.

15. CJUE, 29 octobre 2009, Commission contre RFA, aff. C-536/07.

16. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 25.

17. CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, point 62.



L'hypothèse d'exclusion de l'application du CMP distingue ainsi deux hypothèses :

- la conception du programme : le pouvoir adjudicateur, organisme de radiodiffusion, envisage d'acquiescer un programme. Son marché ne sera pas soumis au CMP. Si le pouvoir adjudicateur n'est pas un organisme de radiodiffusion, le marché relève des services de publicité mentionnés au 13° de l'article 29 du CMP et donc des règles prévues au code des marchés publics.
- la diffusion du programme : si l'acheteur public a conçu le programme et souhaite le diffuser (par exemple un spot publicitaire), le marché de diffusion relève du champ d'exclusion prévu par l'article 3-4 du CMP.

Attention ! Seuls sont exclus du CMP les marchés directement en lien avec la production ou la diffusion de programmes, c'est-à-dire les prestations à contenu ou visée créatif¹⁸. Cette exclusion est d'interprétation stricte¹⁹. Les marchés de nature « technique » concourant simplement à la production d'un programme ne bénéficient pas de cette exclusion.

Ex. : Etre un organisme public de radiodiffusion ne suffit pas pour bénéficier de l'exclusion de l'article 3-4.

La circonstance que le pouvoir adjudicateur soit un organisme public de radiodiffusion ne suffit pas à elle seule pour s'exonérer de toutes mesures de publicité et de mise en concurrence, sur le fondement de l'article 3-4° du CMP. Ainsi, le marché de nettoyage de locaux passé par l'ARD, organisme de radiodiffusion allemand, s'analyse comme un marché public de services, soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence : la prestation n'est pas en lien direct avec la mission de diffusion et de programmation de l'organisme (CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, points 61 et suivants).

2.3. Accords-cadres et marchés de services financiers (art. 3-5° du CMP)

Le 5° de l'article 3 du CMP exclut les accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnements en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs (sous réserve des dispositions du 3° de l'article 3). Les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par les banques centrales sont également dispensés de l'application des dispositions du code.

L'exclusion des règles du CMP se justifie par la spécificité des marchés financiers, « où il est jugé nécessaire de prendre rapidement des décisions qui ne peuvent être entravées par une excessive formalisation des procédures »²⁰. Les marchés de services financiers exigent, en effet, tout à la fois un degré de confidentialité et une réactivité incompatibles avec les délais de mise en concurrence inhérents à tout marché public.

Sont ainsi écartés de l'application du CMP :

- Les contrats d'emprunts²¹ ;
- Les contrats concernant des instruments de politique monétaire, des taux de change, de dette publique, de gestion de réserve ou concernant d'autres politiques qui comportent des opérations sur titres ou sur autres instruments financiers²².

18. Les contrats visés par l'exclusion sont « intimement liés au contenu des programmes de radio et de télévision » (point 75 des conclusions de l'avocat général sous l'affaire C-337/06 précitée).

19. Conclusions de l'avocat général sous l'affaire C-337/06 précitée, point 76.

20. Rapport de la Cour des comptes de 2009 (première partie) sur les risques pris par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux en matière d'emprunts (p.275).

21. Réponses ministérielles n°59585 et n°66824, JOAN, 26 juillet 2005, p. 7407 ; réponse ministérielle n° 71098, JOAN, 27 septembre 2005, p. 8990 ; réponse ministérielle n°18875, JO Sénat, 1^{er} décembre 2005, p. 3098.

22. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 27.

Les services financiers, lorsqu'ils ne relèvent pas du périmètre du 5° de l'article 3 du CMP, relèvent alors de la catégorie des marchés de services cités au 6° de l'article 29, du CMP²³. Il en est ainsi des contrats de crédit-bail²⁴.

Ex. : Les contrats de courtage d'emprunt sont des marchés publics relevant de l'article 29 du CMP.

Les contrats de courtage ayant pour objet la recherche des conditions d'emprunt les plus avantageuses pour le pouvoir adjudicateur constituent des marchés publics de services (TC, 14 février 2000, *Commune Baie-Mahault*, n°03138) soumis au CMP et relevant de l'article 29 du code.

Ex : L'achat de parts ou d'actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) relève aussi de l'article 29 du CMP.

L'article L. 211-1 du code monétaire et financier qualifie les parts ou actions d'OPCVM de titres financiers. A la différence des autres titres financiers, les parts ou actions d'OPCVM permettent d'accéder à un service de gestion de portefeuille. L'achat de parts d'OPCVM et, partant, le choix de la société de gestion n'entre pas dans le champ d'exclusion du 5° de de l'article 3 du CMP et s'analyse comme un marché public de services relevant de l'article 29²⁵.

Attention ! Les marchés de services financiers lorsqu'ils sont en relation avec un achat ou une location immobilière demeurent régis par les dispositions du code des marchés publics (voir *point 2.1*). Il en est de même des services financiers attachés à un contrat d'acquisition ou de location de biens (tels que le crédit-bail²⁶).

2.4. Accords-cadres et marchés relatifs à des programmes de recherche et de développement (art. 3-6° du CMP)

Les accords-cadres et marchés publics de services de recherche et de développement financés par un pouvoir adjudicateur sont exclus du champ d'application du CMP. Cette exclusion se justifie notamment par la volonté d'encourager la recherche et le développement scientifique et technologique²⁷.

L'exclusion est d'interprétation stricte Elle suppose, en outre, qu'une des deux conditions suivantes soit satisfaite :

- Le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats. Cette condition implique le partage des droits, notamment ceux relatifs à la propriété intellectuelle pouvant naître de l'exécution du contrat, entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique ;
- Les prestations ne sont pas financées entièrement par le pouvoir adjudicateur. Cette condition suppose un partage du coût financier des études à réaliser. Les frais engagés par le programme de recherche et de développement ne doivent pas être intégralement couverts par le pouvoir adjudicateur.

Ces deux conditions étant alternatives, la satisfaction de l'une ou de l'autre suffit à justifier l'exclusion du champ d'application.

23. Article 29, 6° du CMP : « Services financiers : services d'assurance, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3 ».

24. CAA Paris, 24 mars 2003, *CEPME*, n° 98PA01226 ; réponse ministérielle n° 43419, JOAN, 10 juillet 2000, p. 4193 et réponse ministérielle n° 57940, JOAN, 23 juillet 2001, p. 4244.

25. Les services de gestion de portefeuille relèvent de l'annexe II de la directive 2004/18/CE, qui liste les services entrant dans le champ d'application de la directive.

26. Article 1^{er} du CMP, point III, 2^{ème} alinéa. CAA Paris, 24 mars 2003, *CEPME*, n° 98PA01226.

27. Directive 2004/18/CE, précitée, considérant 23.



L'exception ne concerne que les marchés de services et ne s'applique qu'aux programmes qui portent sur des projets de recherche et de développement²⁸, sans prolongement industriel direct. Elle ne couvre donc pas les programmes qui prévoient la réalisation et la qualification de prototypes de pré-production ou de modèles opérationnels/exploitable, c'est-à-dire ceux dont la finalité précède immédiatement la mise en industrie.

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), chargée d'assurer la comparabilité des informations entre les pays membres de l'organisation, a publié le « *Manuel de Frascati* » (mise à jour effectuée en 2002, sixième édition)²⁹, qui définit la recherche-développement et distingue trois activités³⁰ : la recherche fondamentale³¹, la recherche appliquée³² et le développement expérimental³³.

Ex : Les études réalisées par des chercheurs en comptabilité sont exclues du CMP.

Les contrats d'études réalisés par des chercheurs en comptabilité pour l'autorité des normes comptables (ANC) peuvent être passés sur le fondement du 6° de l'article 3 du CMP. Ces études constituent de la recherche fondamentale et répondent à la notion de « *recherche-développement* », telle que définie par l'OCDE. Le coût de ces études en comptabilité est pris en charge par un fonds de concours alimenté par des entreprises cotées, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes et le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables. Le résultat de ces recherches n'avait, en outre, pas vocation à devenir la propriété exclusive de l'ANC, mais au contraire à être présenté et discuté (*DAJ, Rapport d'activité 2010, page 65*).

Attention ! Les marchés de services de recherche et de développement dont les résultats appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité ou dont la prestation est entièrement financée par le pouvoir adjudicateur demeurent assujettis au CMP. Les simples marchés d'études ne relèvent pas de l'exception du 6° de l'article 3 du CMP.

2.5. Accords-cadres et marchés exigeant le secret ou nécessitant des mesures particulières de sécurité (art. 3-7° du CMP)

Hormis les hypothèses où les exigences de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat peuvent être assurées dans le cadre

28. Les opérations de recherche scientifique ou technique sont définies par le code général des impôts (article 49 septies F de l'annexe III au code général des impôts -CGI-). Un faisceau d'indices permet de déterminer si une activité relève de la recherche et développement (pour des activités de développement expérimental : CE, 9 février 2005, *SA Noiroi manutentions*, n° 250920 ; en matière d'opération de recherche, CE, 16 février 1996, *Société anonyme Ares*, n° 154185/154187/160124 et CE, 21 décembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 221006).

29. Site de l'OCDE : <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/recherche-developpement.htm>

30. « Le terme R-D [recherche-développement] recouvre trois activités : la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental ; (...). La recherche fondamentale consiste en des travaux expérimentaux ou théoriques entrepris principalement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements des phénomènes et des faits observables, sans envisager une application ou une utilisation particulière. La recherche appliquée consiste également en des travaux originaux entrepris en vue d'acquérir des connaissances nouvelles. Cependant, elle est surtout dirigée vers un but ou un objectif pratique déterminé. Le développement expérimental consiste en des travaux systématiques fondés sur des connaissances existantes obtenues par la recherche et/ou l'expérience pratique, en vue de lancer la fabrication de nouveaux matériaux, produits ou dispositifs, d'établir de nouveaux procédés, systèmes et services ou d'améliorer considérablement ceux qui existent déjà. »

31. L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche fondamentale. L'objectif premier de cette dernière est la production de nouvelles connaissances générales.

32. L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche appliquée. Le manuel de Frascati précise que les connaissances ou les informations tirées de la recherche appliquée sont souvent brevetées mais peuvent également être gardées secrètes. Enfin, dans le cadre du crédit d'impôt Recherche, la notion de modèle probatoire est définie par l'instruction BOI-BIC-RICI-10-10-10-20-20120912.

33. L'article 49 septies F de l'annexe III du CGI définit les activités de recherche éligibles au crédit d'impôt Recherche dont celles de développement expérimental. Une autre définition est donnée en matière d'aide d'Etat à la recherche et au développement (Journal officiel 2006/C 323/01 du 30/12/2006).

de l'article 4-II³⁴ et 45-I³⁵ du CMP³⁶, les accords-cadres et marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige sont exclus du CMP.

Cette exclusion se justifie par les exigences et impératifs de secret que requiert la réalisation de certaines prestations, compte tenu des intérêts nationaux et stratégiques en jeu. A l'instar des autres exclusions de l'article 3, cette disposition est d'interprétation stricte. Sa mise en œuvre suppose des circonstances exceptionnelles, réelles et certaines³⁷ et présentant un caractère particulièrement sensible³⁸.

L'article 3-7° du CMP prévoit trois cas d'ouverture :

- **Les accords-cadres ou marchés publics qui exigent le secret** : l'objet du contrat ou ses conditions de réalisation doivent être secrets. Dès lors que la mise en œuvre de certaines précautions permet, au stade de la procédure de passation, d'écarter tout risque, le fait que les informations traitées ou les résultats des prestations du marché revêtent un caractère nécessairement secret ne justifie pas que le marché lui-même soit passé de gré à gré³⁹.

Ex : L'achat de scanners ou capteurs biométriques destinés à abriter des données confidentielles.

L'achat par un pouvoir adjudicateur d'équipements de biométrie standardisés et n'exigeant aucune spécificité particulière par rapport aux autres équipements de biométrie classique (station d'enregistrement de passeport biométriques dans les mairies par exemple) ne justifie pas l'exclusion de ce contrat du CMP, quand bien même son utilisation future servira à abriter des données confidentielles relatives à l'identité de personnes physiques.

Ex : L'achat d'hélicoptères à vocation civile et militaire.

Un marché de fournitures d'hélicoptères à vocation civile et militaire est soumis à une obligation de mise en concurrence dès lors que les matériels concernés n'étaient pas destinés à des fins spécifiquement militaires et que le pouvoir adjudicateur n'indiquait pas les raisons pour lesquelles le caractère confidentiel des données communiquées pour la production des hélicoptères serait moins bien garanti en cas de soumission du marché à une procédure de mise en concurrence (CJUE, 8 avril 2008, *Commission contre Italie*, aff. C-337/05, points 42 et suivants).

- **Les marchés dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité** : la mise en œuvre de cette hypothèse est conditionnée par l'existence de textes imposant le respect de mesures particulières de sécurité de telle sorte que le contrat ne puisse être confié qu'à très peu de personnes. Cependant, le seul fait de l'application de ces normes à un pouvoir adjudicateur ou une activité n'impose pas l'absence de soumission du contrat au code des marchés publics. Cette appréciation doit s'effectuer au cas par cas.

34. « Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés et autres contrats ».

35. « Le pouvoir adjudicateur peut également exiger, si l'objet ou les conditions du marché le justifient, des renseignements relatifs à leur habilitation préalable, ou à leur demande d'habilitation préalable, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale. »

36. CJUE, 11 mars 2003, Dory, aff. C-186/01, point 30 : les mesures que les États membres prennent en matière de défense ne sont pas soustraites dans leur ensemble à l'application du droit communautaire du seul fait qu'elles interviennent dans l'intérêt de la sécurité publique ou de la défense nationale.

37. CJUE, 8 avril 2008, *Commission contre République Italienne*, aff. C-337/05, points 42 et suivants ; CJUE, 2 octobre 2008, *Commission contre République Italienne*, affaire C-157/06, points 23 et suivants.

38. CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-252/01, points 29 à 36.

39. Aff. C-337/05 précitée, point 52 : « la nécessité de prévoir une obligation de confidentialité n'empêche nullement de recourir à une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un marché ».



Ex : Un marché relatif à la photographie aérienne de la côte belge peut être passé de gré à gré.

Un marché relatif à la photographie aérienne de la côte belge rentre dans le champ de l'exclusion, au motif que la Belgique a la responsabilité de protéger la sécurité, non seulement de ses propres installations, mais également de celles d'organisations internationales implantées sur son territoire, notamment de l'OTAN. Cette obligation impose que toute prise aérienne soit soumise aux services de sécurité pour contrôle et masquage éventuel ou que l'entreprise concernée dispose d'un certificat de sécurité militaire la soumettant à un contrôle complet de la part des autorités publiques (CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C-252/01, points 29 à 36).

• **Les marchés et accords-cadres pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est en jeu** : la notion d'intérêts essentiels de l'Etat n'est définie par aucun texte. Il n'est pas possible de déterminer avec précision et de manière exhaustive les contrats échappant, pour cette raison, au champ d'application du CMP. Pour autant, un marché « *qui exige le secret* » ou nécessite des « *mesures particulières de sécurité* » apparaît ainsi « *toucher aux intérêts essentiels de l'Etat* ». Tel pourrait être le cas de titulaires qui, du fait de leurs prestations, accèdent à des informations sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité ou à la sûreté de l'Etat et à son potentiel économique et scientifique.

Le 7° de l'article 3 du CMP présente un intérêt organique, pour les acheteurs non soumis à la troisième partie du code, et matériel, notamment les marchés mettant en jeu des intérêts économique ou de santé publique.

Ex : La commande de vaccins antivarioliques imposé à toute la population en cas de guerre (article L. 3111-8 du code de la santé publique).

2.6. Accords-cadres et marchés relatifs à l'acquisition d'œuvres d'art (art. 3-10° du CMP)

L'article 3-10° du CMP exclut de son champ d'application les accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'arts existants, d'objets d'antiquité et de collection. Cette exclusion, spécifique au droit français, se justifie au regard de la difficile conciliation des règles de la commande publique avec les œuvres de l'esprit, souvent empreintes de subjectivité.

Elle se limite aux œuvres d'arts « existantes », c'est-à-dire déjà créées : ce n'est donc qu'à son achèvement que l'œuvre d'art peut bénéficier de l'exclusion. Le contrat passé par un pouvoir adjudicateur et portant commande de la réalisation d'une œuvre est soumis aux dispositions du droit de la commande publique⁴⁰.

Ex : L'achat d'une sculpture sur maquette constitue une commande d'œuvre d'art, soumise au CMP.

La préfiguration sur maquette d'une œuvre d'art à réaliser ultérieurement à taille réelle ne constitue pas une œuvre d'art existante au sens des dispositions de l'article 3-10° du CMP. L'achat d'une sculpture, non encore créée dans sa version définitive, s'analyse comme une commande d'œuvre d'art, régie par les dispositions du code (Cour administrative d'appel de Marseille, 30 septembre 2013, *Association Le Citoyen Barcaresien c/ Commune de Le Barcares*, n°11MA00299).

Attention ! : Les prestations connexes aux œuvres d'art demeurent soumises aux procédures de passation du CMP.

Ex : Le transport d'une collection, la protection des œuvres, la mise en valeur et restauration de tableaux,...

40. Cour administrative d'appel de Marseille, 30 septembre 2013, *Association Le Citoyen Barcaresien c/ Commune de Le Barcares*, n°11MA00299 ; CE, 8 décembre 1995, *Préfet de Haute-Corse*, n° 168253. Inapplication de l'article 35-II-8 du CMP ou 104-II de l'ancien code à ces espèces.

2.7. Accords-cadres et marchés relatifs à l'arbitrage et à la conciliation (art. 3-11° du CMP)

L'article 3-11° du CMP exclut de son champ d'application les accords-cadres et marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.

Les services d'arbitrage et de conciliation sont, en effet, habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics⁴¹. Les parties peuvent, dès lors, d'un commun accord, avoir recours, sous le respect de certaines conditions, à ces deux modes de règlement amiable des différends.

L'acheteur public et la partie adverse ont la possibilité, en cas de litige, de faire appel à un tiers conciliateur, par exemple un magistrat administratif⁴².

L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, de recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées par l'article 128 du CMP.

Attention ! : Les services d'arbitrage et de conciliation ne se confondent pas avec ceux de représentation légale ou de conseil juridique intervenant dans un tel cadre.

Ex : La désignation d'avocat pour représenter l'Etat dans une procédure d'arbitrage est soumise au CMP.

Si le choix des arbitres composant un tribunal arbitral est exclu du champ d'application du CMP, la désignation, en revanche, d'un avocat pour représenter l'Etat français dans le cadre d'une procédure d'arbitrage entre, en l'état actuel du droit, dans le champ d'application des règles de la commande publique et doit donner lieu à la passation d'un marché de prestations juridiques soumis à l'article 30 du CMP.

2.8. Accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail (art. 3-12° du CMP)

Les accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail sont exclus du champ d'application du CMP. Cette exclusion recouvre le cas où la personne publique souhaite recruter par elle-même des agents ou des employés, sans passer par un intermédiaire.

Comme toute exclusion du code des marchés publics, elle est d'interprétation stricte. Les contrats par lesquels la personne publique recrute du personnel est exempte de toute mesure de publicité et de mise en concurrence à condition que ceux-ci présentent les caractéristiques d'un contrat de travail.

Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. La qualification en contrat de travail suppose ainsi la réunion de trois critères cumulatifs :

- Un travail pour le compte d'autrui ;
- Un emploi rémunéré ;
- Un lien de subordination caractérisé par un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction par l'administration.

41. Directive 2004/18/CE, considérant 26.

42. Article L. 211-4 du code de justice administrative (CJA) : « Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées. » Une conciliation peut être suivie d'une transaction conclue entre les parties prenantes (cf. *circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique et circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*)



Ex : Le recrutement par une commune d'un jardinier pour l'entretien des jardins et parcs municipaux, l'embauche par un ministère d'un attaché de presse aux fins de relayer la politique gouvernementale,...

La circonstance que le contrat ait un lien, direct ou indirect, avec le droit du travail ne suffit pas à exclure le contrat du champ d'application du CMP.

Ex : Les contrats d'épargne retraite complémentaire conclus par un pouvoir adjudicateur au profit de ses agents sont soumis au CMP

Les contrats conclus par des personnes publiques avec des organismes d'assurance afin de mettre en œuvre le régime d'assurance vieillesse d'entreprise conformément à une convention collective n'entrent pas dans le champ de la dérogation relative aux « contrats d'emplois » (CJUE, 15 juillet 2010, *Commission contre RFA, aff. C-271/08, point 82*).

Attention ! : Les marchés ayant pour objet le recours à des entreprises d'intérim ou à des cabinets de recrutement ne sont pas exclus du champ d'application du CMP. Ils s'analysent comme des marchés de services de travail temporaire.

Ex : La convention ayant pour objet, non pas le recrutement d'un agent, mais la mise à disposition d'une commune d'un chef de projet et de sa structure dont la mission consiste à réaliser des prestations de services pour le compte de la collectivité ne bénéficie pas de l'exclusion concernant les contrats d'emploi (CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Société SODEGIS*, n°01BX00381).

2.9. Accords-cadres et marchés relatifs aux communications électroniques (art. 3-13° du CMP)

Les contrats de travaux, de fournitures et de services sont exclus du CMP s'ils ont principalement pour objet de permettre :

- la mise à disposition ou l'exploitation d'un réseau public de communications électroniques ;
- ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques⁴³.

Cette dispense de mesures de publicité et de mise en concurrence s'explique par la situation de concurrence effective des marchés dans le secteur des télécommunications⁴⁴. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur intervient sur le marché des communications électroniques, il ne saurait se voir soumis aux règles contraignantes de la commande publique auxquelles ne sont pas soumis les autres opérateurs, « *libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques* »⁴⁵.

L'exclusion est, ici encore, d'interprétation stricte. Elle vise les marchés dont l'objet principal est de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exercer certaines activités dans le secteur (concurrentiel) des télécommunications et définies aux articles 1^{er}, 2 et 8 de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Le pouvoir adjudicateur doit agir comme un opérateur de télécommunications pour bénéficier de l'exclusion⁴⁶.

Ex : La fourniture, par un office public de l'habitat, d'un accès Internet pour ses locataires.

43. Ces notions sont définies à l'article L32 du code des postes et des communications électroniques.

44. Directive 2004/18/CE, considérant 21 et article 13.

45. Article 8 de la directive « *Secteurs spéciaux* » n°93/38 du 14 juin 1993, abrogée par la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004.

46. Le périmètre de cette dérogation découle de celui de l'article 8 de la directive 93/38/CEE qui prévoyait l'exclusion de son champ d'application de certains secteurs. Cette directive s'appliquait aux entités adjudicatrices exerçant certaines activités, notamment en matière de télécommunication. L'article 8 prévoyait toutefois une exception d'application de la directive « *lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques* ». Ces mêmes activités, sorties de la directive 2004/17/CE concernant les entités adjudicatrices exerçant certaines activités, ne devaient pas davantage relever de la directive 2004/18/CE, d'où l'exclusion de l'article 3-13° du CMP.

En revanche, les marchés par lesquels les pouvoirs adjudicateurs se procurent, pour la satisfaction de leurs besoins, des services de communications électroniques demeurent soumis au CMP.

Ex : La location et l'utilisation de lignes analogiques mis à la disposition du TGI d'Ajaccio par France Télécom s'analyse comme un marché public de services de télécommunications (TC, 19 mars 2007, *Société France Télécom*, n°C3594).

Attention ! Les marchés publics ayant pour objet de réaliser une infrastructure ou un réseau de communication électronique mis à la disposition d'un tiers ou d'en confier l'exploitation à un prestataire extérieur, moyennant rémunération, demeurent soumis au CMP. Le pouvoir adjudicateur n'agit pas comme opérateur de réseaux de télécommunications (intervenant sur un marché concurrentiel) mais comme un simple maître d'ouvrage public d'une infrastructure ou d'un réseau destiné à l'usage d'opérateurs de télécommunication.

2.10. Accords-cadres et marchés qui cessent d'être soumis aux dispositions du CMP en application de l'article 140 (art. 3-14° du CMP)

L'article 140 du CMP transpose l'article 30 de la directive 2004/17/CE relative aux règles de passation des marchés des opérateurs de réseaux⁴⁷.

Seuls les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateurs de réseaux dans les secteurs énumérés par le code des marchés publics sont concernés par cette disposition⁴⁸. Leurs marchés cessent alors d'être soumis aux dispositions du CMP dès lors que la Commission a constaté que dans l'Etat membre concerné, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels, dont l'accès n'est pas limité. L'objet de cette mesure est organiser une procédure pour sortir certains secteurs économiques du champ d'application du code dès lors que ce secteur est ouvert à la concurrence.

Les activités concernées par cette possibilité d'exonération sont les activités de réseaux des secteurs du gaz, de l'électricité et de la chaleur, de l'eau et de l'assainissement, des transports, des services postaux, de la prospection ou de l'extraction des énergies fossiles, de la gestion des ports et des aéroports.

L'exonération d'application des règles de la commande publique est conditionnée par la mise en œuvre d'une procédure engagée à l'initiative de l'Etat membre et dont le déroulement est du ressort de la Commission européenne.

Lorsqu'un Etat membre estime qu'une activité est directement exposée à la concurrence, il en informe la Commission européenne et lui communique un dossier comportant tous les faits pertinents. La Commission mène une étude approfondie. La décision est adoptée, selon la procédure de comitologie, dans des délais compris entre 3 et 6 mois. A défaut de décision dans les délais, le secteur concerné n'est plus soumis à la directive⁴⁹.

En France, seule l'activité de télécommunication a fait l'objet de la procédure mentionnée à l'article 140. Elle a, en effet, été reconnue concurrentielle par la Commission européenne en 1999. Depuis, les opérateurs français, entités adjudicatrices, relevant du secteur des télécoms agissent, pour leurs achats, comme toute entreprise privée et ne sont plus soumises aux procédures du CMP.

47. Voir en ce sens les considérants 40 et 41 de la directive 2004/17/CE.

48. Article 135 du CMP et articles 3 à 7 de la directive 2004/17/CE.

49. Article 30 de la directive 2004/17/CE.



Ex : La distribution d'eau destinée à la consommation humaine demeure régie par les dispositions du CMP.

L'activité de service d'eau potable relève de la compétence des communes⁵⁰. N'étant pas exercée dans des conditions concurrentielles, elle n'est pas susceptible de sortir du champ d'application de la deuxième partie du CMP (réponse ministérielle n°11278, JO Sénat, 22 avril 2010, p. 1014).

3. Accords-cadres et marchés exclus en raison d'une organisation particulière

3.1. Accords-cadres et marchés passés en vertu d'une procédure propre à une organisation internationale (art. 3-8° du CMP)

Les accords-cadres et marchés publics passés au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci sont exclus du champ d'application du CMP.

L'exonération de toute obligation de publicité et de mise en concurrence est néanmoins subordonnée au respect de trois exigences :

- Une procédure spécifique d'achat doit être prévue par l'organisation internationale concernée ;
- Les achats effectués par l'organisation internationale sont destinés à un pouvoir adjudicateur national ;
- L'objet du contrat conclu entre l'organisation internationale et le pouvoir adjudicateur national ne peut être extérieur aux missions de l'organisation internationale.

Ex : Les marchés de l'aéroport de Bâle-Mulhouse sont exclus du CMP.

Le marché passé par l'aéroport franco-suisse de Bâle-Mulhouse, couvert par un règlement adopté par une organisation internationale ayant pour objet de fixer des procédures de passation, peut être conclu hors du champ du droit français de la commande publique (TA Strasbourg, ordonnance, 22 juin 2007, *Société 01DB-METRAVIB contre Aéroport de Bâle-Mulhouse*, n°0702786).

Ces contrats peuvent être passés par un pouvoir adjudicateur, pour son propre bénéfice et pour le compte d'une organisation internationale, dans le respect des missions de cette dernière et de ses règles de passation de contrats d'achat.

Ex : La coopération avec l'Organisation des nations unies échappe au CMP.

L'Etat peut acquérir, pour le compte de l'ONU, des fournitures, travaux ou services en soutien de son action internationale, en appliquant les règles onusiennes de passation des marchés publics (« Manuel des achats des nations unies ») et, le cas échéant, selon les choix procéduraux retenus par l'ONU.

Attention ! Les organisations internationales, dont la base juridique est un accord international, se distinguent des organisations non gouvernementales dont la base juridique est un acte de droit interne. Les contrats passés par ou avec des ONG demeurent, en conséquence, régis par les dispositions du CMP.

3.2. Accords-cadres et marchés en vertu d'une procédure prévue par un accord international (art. 3-9° du CMP)

Les accords-cadres et marchés publics passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au

50. Article L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales.

stationnement des troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers, en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage sont exclus du champ d'application du CMP.

Cette exclusion se justifie notamment par le fait que les opérations transfrontalières sont souvent régies par un accord international qui permet écarter l'application des règles de droit interne.

Elle est néanmoins strictement encadrée tant sur le plan procédural que dans l'objet de la convention.

- **L'accord cadre ou le marché public doit être passé selon des règles particulières prévues par un accord international ou, le cas échéant, par un arrangement administratif**

Les arrangements administratifs sont conclus par un ministre avec son homologue étranger pour compléter ou préciser un accord existant ou, le cas échéant, pour organiser une coopération administrative de portée limitée dans la stricte limite de ses attributions⁵¹.

Ex : La conclusion d'une convention de coopération transfrontalière régie par l'accord de Karlsruhe.

L'accord de Karlsruhe est un accord quadripartite sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales, signé, le 23 janvier 1986, par la Suisse, la France, l'Allemagne et le Grand Duché de Luxembourg.

- **L'objet de l'accord-cadre ou du marché public est limité.**

Les accords-cadres et marchés publics, conclus selon une procédure prévue par un accord international, sont exclus du champ d'application du CMP si les prestations, objet du marché, portent sur le stationnement des troupes.

Cette exclusion s'applique également pour les accords-cadres et marchés publics relatifs à la réalisation ou l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage, sous réserve que ce contrat ait été conclu entre un Etat membre et un pays tiers.

Ex : La réalisation d'une ligne de tramway franco-genevoise est exclue du champ d'application du CMP.

Les travaux d'extension d'une ligne de tramway entre la France, Etat membre, et la Suisse, Etat tiers, peuvent être réalisés sur le fondement de l'article 3-9° du CMP et partant être exonérés du respect du CMP.

51. La circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux recommande aux négociateurs français de ne recourir à ce type d'arrangements qu'exceptionnellement et souligne que les effets qu'ils produisent sont incertains.



FICHE 5

Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

Des contrats exclus du champ d'application des directives « marchés »

Certains contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, constituant des contrats de quasi-régie ou des contrats de coopération public-public, sont exclus du champ d'application du droit de la commande publique.

Il ne paraît en effet pas utile d'exiger la mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue le simple prolongement administratif de celui-ci. De la même manière, les contrats par lesquelles plusieurs entités publiques réalisent en commun une activité d'intérêt général dans un but exclusif d'intérêt public et sans favoriser un opérateur économique agissant sur le marché peuvent également être conclus sans être précédés d'une publicité et d'une mise en concurrence.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a ainsi successivement reconnu l'existence des contrats de quasi-régie¹ puis des contrats de coopération public-public². La nouvelle directive relative à la passation des marchés publics³ ainsi que celle relative à l'attribution des contrats de concession⁴ précisent le régime qui sera applicable, à compter de leur transposition, aux contrats passés entre entités du secteur public.

Les contrats de quasi-régie⁵, qualifiés également de contrats « *in house* », ou de prestations intégrées, sont exclus du champ d'application du code des marchés publics en vertu du 1° de l'article 3 de ce code :

« Les dispositions du présent code ne sont pas applicables [...] aux accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ».

Des dispositions analogues figurent au 1° de l'article 23 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, qui concerne les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics.

La jurisprudence européenne a posé deux conditions cumulatives à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie :

1. CJUE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, cons. 50.

2. CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, cons. 37.

3. Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

4. Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

5. La Commission générale de terminologie et de néologie a retenu ce terme (JORF 19 novembre 2008, NOR : CTNX0825937X).

– le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant doit être comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

– l'activité du cocontractant doit être principalement consacrée à ce pouvoir adjudicateur.

Ces deux conditions sont reprises dans le code des marchés publics et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005⁶. Ces textes précisent que le cocontractant du pouvoir adjudicateur, en situation de quasi-régie, applique pour la totalité de ses achats et non seulement pour ceux faisant l'objet du contrat de quasi-régie, les règles de passation des contrats prévues par ces textes. En effet, le cocontractant constitue le prolongement administratif du pouvoir adjudicateur dont il dépend étroitement et doit appliquer les règles issues du code des marchés publics ou de l'ordonnance précitée.

Le contrat de quasi-régie doit être distingué de celui par lequel des entités publiques instituent entre elles une coopération pour l'organisation d'une mission de service public commune, sans qu'existe de contrôle de l'une sur l'autre⁷. Ces contrats dits de « coopération public-public » ne sont pas soumis à l'application du code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et peuvent donc être conclus sans être précédés d'une publicité et d'une mise en concurrence dès lors que l'ensemble des conditions posées pour la reconnaissance d'une véritable « coopération public-public » sont remplies.

I. Les critères d'identification des contrats de quasi-régie

I.1. Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son cocontractant un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services

I.1.1. Détenir 100% du capital est un indice de contrôle analogue mais ne s'avère pas suffisant

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que « *la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* »⁸.

A cet égard, la directive 2014/24/UE présume le contrôle analogue d'un pouvoir adjudicateur dès lors que celui-ci exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne contrôlée⁹.

6. Conformément à l'article 2 de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, le régime des contrats de quasi-régie s'applique également dans l'hypothèse d'une délégation de service public dévolue à une société publique locale.

7. CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, cons. 34 et 36.

8. CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, cons. 37 ; CJUE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c/Cne d'Uccle*, C-324/07 cons. 54.

9. Article 12.1 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.



L'existence d'un contrôle analogue doit, en outre, s'inscrire dans un lien de dépendance institutionnel très fort, excluant toute autonomie du cocontractant. Il n'existe pas de critère unique déterminant. Le seul contrôle de tutelle ne suffit pas¹⁰.

Cette dépendance doit être caractérisée par plusieurs éléments. Le pouvoir adjudicateur doit avoir une influence déterminante sur toutes ses décisions essentielles et ses objectifs stratégiques, en désignant, par exemple, plus de la moitié des membres de l'organe d'administration ou de direction de l'entreprise ou en nommant son dirigeant. Cela signifie, en fait, que l'entité ne doit disposer d'aucune autonomie dans son fonctionnement et dans son activité et ne doit pas pouvoir déterminer, notamment, les prestations qu'elle doit exécuter, leur contenu, et leur tarif¹¹.

Lorsque plusieurs collectivités publiques s'associent dans le cadre d'une structure pour la mise en œuvre d'une mission commune de service public, la condition de « contrôle analogue » est remplie, lorsque chaque collectivité participe tant au capital, qu'aux organes de direction de la structure créée¹².

La Cour de justice juge en effet que si un actionnaire ne dispose pas de la « *moindre possibilité de participation au contrôle* » de l'entité, le bénéfice du « *in house* » ne saurait lui être ouvert. Une simple « *affiliation formelle* » à un organe commun ne saurait caractériser une relation de quasi-régie, au risque de constituer un contournement des règles du droit européen en matière de marchés publics¹³.

Le Conseil d'Etat a jugé qu'une commune qui possède une faible part du capital d'une société, par ailleurs exclusivement contrôlée par des personnes publiques, sans détenir de pouvoir de contrôle effectif sur cette société (absence de représentation propre au conseil d'administration, impossibilité de requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour) ne peut se prévaloir d'une relation de quasi-régie¹⁴.

1.1.2 Une participation privée au capital exclut toute relation de quasi-régie

L'entité contrôlée ne doit comporter aucune participation directe de capitaux privés.

Dans l'arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005¹⁵, confirmé par l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005¹⁶, la Cour de justice a précisé que « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* ». Si cette participation, bien que postérieure à la date de conclusion du marché, était prévisible à cette date, la condition relative au « contrôle comparable » ne peut être regardée comme satisfaite¹⁷.

Les contrats conclus par les personnes publiques avec des sociétés dont le capital est détenu pour partie par des actionnaires privés sont exclus de la qualification de contrats

10. CE, 27 juillet 2001, *CAMF*, n°218067.

11. CJUE, 19 avril 2007, *Asociación Profesional de Empresas Forestales (ASEMFO)*, C-295/05, cons. 60.

12. CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA*, C-182/11, cons. 33.

13. CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA*, C-182/11, cons. 31.

14. CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n°365079.

15. CJUE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau GmbH*, C-26/03, cons. 49.

16. CJUE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, cons. 65.

17. CJUE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, cons. 38 ; CJUE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, C-371/05, cons. 27.

de quasi-régie et entrent dans le champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence¹⁸.

Les sociétés d'économie mixte (SEM), sociétés anonymes dont le capital est majoritairement public, doivent, en conséquence, toujours être mises en concurrence pour la passation d'un marché¹⁹.

La Cour de justice a également précisé que l'attribution directe d'un contrat à une association d'utilité publique sans but lucratif qui, lors de l'attribution du marché, comptait parmi ses sociétaires des entités relevant du secteur public ainsi que des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif faisait obstacle à ce que le critère du contrôle analogue soit rempli. Une situation de quasi-régie ne peut ainsi être reconnue, dès lors que cet organisme poursuit des intérêts et des finalités qui sont d'une nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par les pouvoirs publics²⁰.

Dans une situation où le capital d'une entité est entièrement public, la simple possibilité pour des personnes privées de participer à son capital ne suffit pas pour conclure que la condition relative au contrôle de l'autorité publique sur l'entité n'est pas remplie.

En revanche, dans l'hypothèse où une situation de quasi-régie serait remise en cause par l'entrée au capital, pendant la durée d'exécution du marché, d'une personne privée, la personne publique devrait constater la fin de la relation de quasi-régie et procéder à une remise en concurrence²¹.

1.2. Le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit réaliser l'essentiel de ses activités pour ce dernier

Le seul constat d'une dépendance à l'égard de la personne publique ne suffit pas à qualifier les prestations faisant l'objet du contrat de quasi-régie. En effet, ce n'est que lorsque le rapport organique qui unit le pouvoir adjudicateur à son cocontractant se double d'une quasi-exclusivité de la fourniture des prestations au profit du premier, que le cocontractant est considéré comme totalement lié à celui-ci et que les prestations peuvent être comparées à celles dont disposeraient l'acheteur en recourant à ses propres ressources internes.

Le respect de la seconde condition posée par la jurisprudence implique donc que le cocontractant du pouvoir adjudicateur soit un opérateur « dédié » aux besoins de ce dernier. Il doit réaliser l'essentiel de son activité avec ou pour le compte de la personne ou des personnes qui le contrôlent.

La condition est considérée comme satisfaite dès lors que l'activité du prestataire « *est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* ²² ». Sans fixer le seuil chiffré en-dessous duquel une entité ne satisfait pas à cette condition, la Cour de justice a admis une telle hypothèse lorsque moins de 80% du chiffre d'affaires était réalisé pour la personne publique²³. Ce seuil de 80 % d'activités exercées dans le cadre de l'exécution des tâches confiées par le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent est également retenu par les nouvelles directives relatives aux

18. CJUE, 21 juillet 2005, *CONAME*, C-231/03, cons. 26 ; CJUE, 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, cons. 30.

19. CE Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC*, n°233372.

20. CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setubal EPE et SUCH*, C-574/12.

21. CJUE, 10 septembre 2009, *Sea Srl contre Commune Di Ponte Nossa*, C-573/07, cons. 51 et 53.

22. CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, cons. 63.

23. CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, cons. 28.



marchés publics et aux concessions²⁴. L'entité peut donc exercer jusqu'à 20% de ses activités sur le marché libre, sans être mise en concurrence avec d'autres opérateurs.

Dans l'hypothèse particulière où plusieurs autorités publiques détiennent l'organisme contrôlé²⁵, l'activité à prendre en compte est celle qu'il réalise pour ces collectivités prises dans leur ensemble tant quantitativement que qualitativement²⁶.

Si le prestataire consacre une partie de son activité à des tiers, ces activités annexes doivent avoir un caractère marginal, sans quoi il retrouverait une liberté d'action contraire à l'idée de prolongement administratif de la personne publique. Seule une « *diversification purement accessoire* » peut être admise²⁷. En revanche, si l'entité agit de sa propre initiative en tant qu'opérateur économique sur un marché concurrentiel, en dehors des compétences qui lui ont été dévolues par les pouvoirs adjudicateurs, de telles circonstances excluraient toute hypothèse de relation de quasi-régie.

2. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure des contrats de quasi-régie avec leur SPL ou leur SPLA²⁸

Créées respectivement par les lois n° 2010-559 du 28 mai 2010²⁹ et n° 2006-872 du 13 juillet 2006³⁰, les sociétés publiques locales (SPL) et les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), permettent aux collectivités territoriales et à leurs groupements de contracter directement, sans publicité ni mise en concurrence, sous réserve que ces sociétés soient en situation de prestataire « intégré »³¹. Cela suppose que les critères jurisprudentiels de la quasi-régie précédemment énoncés doivent être remplis tout au long de la vie des contrats concernés afin que la relation contractuelle puisse être qualifiée de « quasi-régie ».

L'article L.1531-1 du code général des collectivités territoriales permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de constituer des sociétés publiques locales (SPL) pour la réalisation de leurs opérations d'aménagement, de construction, pour la gestion de leurs SPIC ou de toutes autres activités d'intérêt général.

L'article L.327-1 du code de l'urbanisme leur permet de constituer des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) pour réaliser toute opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme et des études préalables, pour procéder à toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L. 221-1 et L. 221-2, pour procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L. 300-1, ou pour procéder à toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux dans les conditions prévues

24. Article 12.1 b) et 12.3 b) de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ainsi que les articles 17.1 b) et 17.3 b) de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

25. CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé* (SNIIS), n°300481.

26. CJUE, 19 avril 2007, *ASEMFO*, C-295/05, cons. 62 et 63 ; CJUE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c/Cne d'Uccle*, C-324/07, cons. 44.

27. CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°284736.

28. Circulaire du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

29. Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

30. Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

31. CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : la création d'une SPL ou d'une SPLA n'implique pas nécessairement le respect des critères de la quasi-régie.

au chapitre IV du titre Ier du livre II du même code. Elles peuvent également exercer, par délégation de leurs titulaires, les droits de préemption et de priorité définis par le code et agir par voie d'expropriation dans les conditions fixées par des conventions conclues avec l'un de leurs membres.

Les SPL, comme les SPLA, revêtent la forme de sociétés anonymes, dont le capital, exclusivement public, est détenu en totalité par au moins deux collectivités territoriales ou leurs groupements. Toute participation privée est donc proscrite. Ces sociétés agissent uniquement pour le compte et sur le territoire de leurs actionnaires dans le cadre exclusif des compétences dévolues à ces derniers. Ainsi, il ne sera pas possible de créer une SPL pour gérer un équipement situé en dehors du territoire des collectivités actionnaires.

En tant que société anonyme, ces sociétés sont soumises aux règles prévues par le code de commerce (livre II), ainsi qu'au régime des sociétés d'économie mixte locales (SEML) prévu par le code général des collectivités territoriales (CGCT, articles L.1521-1 à L1525-3), sous réserve des dispositions spécifiques prévues à l'article L.1531-1.

Leurs statuts doivent permettre aux collectivités actionnaires d'exercer un contrôle étroit et réel sur les activités des sociétés et les décisions principales doivent être prises par le conseil d'administration. Les SPL et SPLA ne doivent bénéficier d'aucune autonomie de décision³².

La constitution de ces sociétés doit répondre à un besoin précis des collectivités. Alors que les SPLA ont un objet exclusif limité aux opérations d'aménagement, les SPL ont un champ d'intervention très large. Aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 1531-1 du CGCT, les SPL « *sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L.300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* ».

Toutefois, si les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des SPL dans des secteurs variés, elles ne peuvent le faire que « *dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi* »³³.

Les SPL et les SPLA ayant pour obligation d'exercer leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires, leurs statuts ne peuvent jamais les autoriser à proposer des prestations à des tiers.

Dans l'hypothèse où les statuts d'une SPL ou d'une SPLA ne remplissent pas les critères du contrôle analogue et de l'opérateur dédié, les collectivités ne pourront invoquer l'exception de quasi-régie et se soustraire aux règles de passation du code des marchés publics.

En tout état de cause, si les collectivités peuvent recourir aux SPL ou aux SPLA sans se soumettre aux règles issues du code des marchés publics, ces sociétés revêtent, en principe, la qualité de pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005³⁴ et doivent ainsi appliquer pour leurs achats les mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par cette ordonnance pour la réalisation de leurs missions.

32. CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079.

33. Article L1531-1 al 1 du CGCT.

34. Circulaire du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), point 1.4.1.



3. Les contrats dits de « coopération public-public ».

Les contrats de « coopération public-public » ont pour objet d'instaurer une coopération entre plusieurs entités publiques afin d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à celles-ci³⁵. Ils peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence dès lors qu'ils respectent les conditions posées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et précisées par les travaux de la Commission européenne³⁶. Ces conditions sont d'interprétation stricte³⁷.

3.1. La coopération public-public doit avoir pour objet d'assurer conjointement l'exécution d'une mission de service public que tous les partenaires doivent effectuer

La Cour indique ainsi que la mission d'intérêt général doit être effectivement et réellement partagée par les personnes publiques contractantes, de sorte que se trouvent exclus tous les cas où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se bornerait à jouer un rôle d'auxiliaire pendant que la seconde prendrait en charge l'ensemble de la mission³⁸.

Cela ne signifie pas nécessairement que chaque personne publique doit participer à l'exécution de la mission d'une manière identique. La coopération peut, en effet, reposer sur une division des tâches. Néanmoins, la Commission européenne estime que le contrat doit impliquer une exécution conjointe de la même mission, une véritable coopération, par opposition à un marché public ordinaire, où l'une des parties exécute une prestation définie contre rémunération³⁹. Une attribution unilatérale d'une tâche par un pouvoir adjudicateur à un autre ne saurait être regardée, selon la Commission, comme une coopération.

Dans l'affaire *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, la Cour a ainsi estimé que le contrat par lequel une agence sanitaire avait confié à une université une mission d'étude et d'évaluation de la vulnérabilité sismique des structures hospitalières n'assurait pas la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux deux entités publiques, en l'occurrence une mission de recherche scientifique⁴⁰.

Dans une décision du 20 juin 2013⁴¹, la Cour a refusé de voir un cas de coopération entre personnes publiques dans le contrat conclu entre une commune et une université portant sur des activités de soutien à l'élaboration du plan de reconstruction des parties du territoire endommagées par le séisme de 2009. Pour la Cour, un tel contrat n'amenait pas ces personnes publiques à concourir assez étroitement à une mission commune de service public.

De même, dans une décision du 13 juin 2013⁴², la Cour a estimé que la condition tenant à l'exercice commun d'une mission de service public n'était pas davantage remplie par

35. CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, cons. 37 et 47.

36. Document de travail de la Commission, SEC (2011) 1169, du 4 octobre 2011 concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »).

37. CJUE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau GmbH*, C-26/03, cons 23.

38. CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, C-159/11, cons. 35 et 40.

39. Document de travail de la Commission du 4 octobre 2011.

40. CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, cons.37.

41. CJUE, 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo*, C-352/12.

42. CJUE, 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co KG c/ Kreis Düren*, C-386/11.

le contrat par lequel un groupement de communes avait transféré le nettoyage de locaux administratifs et scolaires à une commune membre de ce groupement.

La Cour entend donc mettre en œuvre strictement le critère relatif à l'exercice en commun d'une mission de service public⁴³ et exclure toutes les hypothèses où une entité se borne à confier une mission sans y prendre part, mais également celles qui ne se rapprochent pas suffisamment d'une collaboration partagée au cours d'une même mission.

La Cour a ainsi admis que des autorités publiques coopéraient pour assurer une mission commune d'intérêt général d'élimination des déchets dès lors qu'elles instituaient une coopération authentique démontrant une réelle démarche de coopération intercommunale et comportant des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets⁴⁴.

3.2. La « coopération public-public » doit exclusivement poursuivre un but d'intérêt public

La mise en œuvre des dispositions relatives à la « coopération public-public » est conditionnée à la poursuite exclusive de considérations d'intérêt public.

En effet, la « coopération public-public » ne peut obéir à un intérêt commercial. Les transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas pouvoir être regardés comme le résultat d'une activité commerciale⁴⁵. Ainsi, alors même que les pouvoirs adjudicateurs répondent, par le biais de leur coopération, à des objectifs communs de service public, la condition d'intérêt public exclusif ne peut donc être satisfaite que pour autant qu'aucune relation commerciale n'en découle.

3.3. La « coopération public-public » ne doit pas aboutir à privilégier un opérateur économique tiers

Cette condition fait obstacle à ce qu'un prestataire privé de services soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. La Cour a estimé qu'il pouvait en aller ainsi dans le cas du contrat en cause « *si les collaborateurs extérieurs hautement qualifiés auxquels le contrat autorise l'université à recourir pour la réalisation de certaines prestations englobent des prestataires privés* »⁴⁶. En d'autres termes, les opérateurs économiques ne peuvent tirer profit de la coopération pour étendre le périmètre initial des marchés conclus avec l'une ou plusieurs des personnes publiques participant à la coopération.

43. Pour une application récente, voir CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, C-15/13, cons 34 et 35.

44. CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, cons. 37.

45. Considérant 33 § 3 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

46. CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento*, C-159/11, cons. 38.



CHAPITRE 2

PREPARATION DE LA PROCEDURE

FICHE 6

La passation des marchés de conception-réalisation

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP », impose de dissocier la mission de maîtrise d'œuvre de celle de l'entrepreneur pour la réalisation des ouvrages publics.

La loi MOP permet cependant de déroger à cette règle pour la réalisation d'ouvrages d'une technicité particulière, en associant l'entreprise et le concepteur dès les premières phases du projet. C'est le processus de conception-réalisation.

Ce marché particulier permet au maître d'ouvrage de confier simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou un seul opérateur pour les ouvrages d'infrastructures. Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux, car il a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage.

Le recours aux marchés de conception-réalisation par les maîtres d'ouvrage visés par l'article 1^{er} de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP¹, est strictement encadré.

I. Cadre juridique

Les dérogations au principe de la séparation entre maîtrise d'œuvre et entrepreneur sont prévues par la loi MOP elle-même, mais également par certaines législations particulières.

I.1. Les exceptions prévues par la loi MOP

Le recours aux marchés de conception-réalisation est autorisé par la loi MOP dans les conditions prévues à son article 18.

Ainsi, par dérogation au principe de la séparation entre maîtrise d'œuvre et entrepreneur, le marché de conception-réalisation permet au maître d'ouvrage de « *confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code* ».

1. Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée qui vise L'Etat et ses établissements publics ; les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes; les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ; les organismes privés d'habitations à loyer modéré ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Le code des marchés publics et les deux décrets d'application² de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 déterminent, dans ce cadre, les dispositions applicables aux marchés de conception-réalisation.

1.2. Les exceptions prévues par d'autres textes que la loi MOP

Plusieurs dispositions législatives ont étendu les possibilités de recours à la conception-réalisation :

- loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) modifiée par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 ;
- loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJI) modifiant la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ;
- ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation (article L.6148-7 du code de la santé publique) ;
- loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 sur la maîtrise de l'immigration, modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;
- ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat ;
- loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion (article 110).

2. Conditions de recours au marché de conception-réalisation

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visés par la loi MOP doivent, dès lors que l'opération envisagée relève de cette loi, pouvoir justifier du recours aux marchés de conception-réalisation. En revanche, ils peuvent, quel que soit le motif allégué, recourir aux marchés de conception-réalisation pour réaliser des travaux qui ne relèvent pas de cette loi³.

En toute hypothèse, le recours aux marchés de conception-réalisation constitue une simple faculté pour le maître de l'ouvrage. Celui-ci n'a aucune obligation d'y recourir même lorsque l'ensemble des conditions se trouvent réunies.

Le recours au marché de conception-réalisation n'est possible pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices susmentionnés que si un engagement contractuel sur un

2. Article 41-1 du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et article 41-1 du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

3. Ces exceptions sont énumérées à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi MOP qui vise notamment les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation ainsi que les ouvrages d'infrastructures réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement.



niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association d'un entrepreneur aux études des ouvrages relevant de la loi MOP.

Les contrats de conception-réalisation relevant des articles 37 et 69 du code des marchés publics doivent être distingués des contrats globaux sur performance relevant de l'article 73 du code des marchés publics, parmi lesquels figurent les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance (REM) et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM)⁴. Toutefois, lorsque le marché global de performance inclut des travaux relevant de la loi MOP, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer, en application de l'article 18 de cette loi, qu'il comporte des engagements de performance énergétique définis contractuellement si les travaux portent sur des bâtiments existants ou que la conception-réalisation est justifiée par des motifs techniques tels que définis à l'article 37 du CMP si les travaux portent sur des bâtiments neufs⁵.

2.1. Le recours au marché de conception-réalisation pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage

Le choix de ce marché est dicté par les caractéristiques de l'ouvrage à construire qui imposent l'association de l'entrepreneur aux études. Pour s'assurer que cette condition est remplie, doivent être pris en compte la destination de l'ouvrage ou sa mise en œuvre technique.

Deux types d'opérations sont ainsi visés :

- Les opérations ayant une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre de l'ouvrage.
- Les opérations présentant des caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) exigeant de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises.

2.2. Le recours au marché de conception-réalisation justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique

La conception-réalisation est également possible, depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010⁶, lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces dispositions ont pour objet de mettre en œuvre l'article 5 de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement⁷ qui fixe des objectifs de réduction des consommations d'énergie des bâtiments existants de l'Etat et de ses établissements publics.

La notion d'amélioration de la performance énergétique doit être appréciée à la lumière de l'article 5 de la loi du 3 août 2009 qui ne vise que les opérations de travaux sur les bâtiments existants. Le recours aux marchés de conception-réalisation pour des motifs liés à la performance énergétique n'est donc possible que pour les travaux de réhabilita-

4. Pour davantage de précisions, voir le point 7.1.3.2 « Les contrats globaux sur performance » du guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

5. Rép. min. n° 50729, JOAN, 12 août 2014, p 6905.

6. Article 74 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement modifiant l'article 18-I de la loi MOP du 12 juillet 1985.

7. Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

tion et non dans l'hypothèse de la construction d'un ouvrage neuf⁸. Les opérations de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure relevant de la loi MOP pour lesquelles sera demandé cet engagement pourront être réalisées sur la base d'un seul contrat portant à la fois sur la conception et les travaux, voire l'exploitation ou la maintenance, dans les conditions fixées par l'article 73 du CMP.

2.3. Le juge contrôle les conditions de recours

Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces dispositions. Le recours aux marchés de conception-réalisation n'est regardé comme justifié, que si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice apporte des éléments permettant au juge d'en apprécier la pertinence au regard des critères rappelés ci-dessus.

Ainsi, le recours au marché de conception-réalisation a notamment été admis pour la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs⁹.

A également été admis l'exhaussement de l'opéra de Lyon qui n'était pas une « création ordinaire et répétitive d'un savoir-faire connu », mais une réalisation singulière et spéciale en ce qu'il comportait un dôme de verre pour un immeuble de grande hauteur et un établissement recevant du public¹⁰.

Ne peuvent, en revanche, pas faire l'objet d'un tel marché :

- la réalisation d'ateliers relais pour dirigeables¹¹ ;
- la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du code des marchés publics »¹² ;
- les travaux d'extension et de restructuration d'un collège¹³
- la réalisation d'un centre de secours hospitalier « dont les spécifications ne diffèrent en rien des contraintes auxquelles est assujéti tout bâtiment de même importance »¹⁴.

L'urgence n'est jamais un motif justifiant le recours au marché de conception-réalisation¹⁵.

3. Déroulement de la procédure

Le déroulement des procédures de passation des marchés de conception-réalisation est prévu, respectivement, aux articles 69 et 168-1 du code des marchés publics pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visés à l'article 1^{er} de la loi MOP¹⁶.

8. Rép. min. n° 18837, JOAN, 2 avril 2013, p. 3582.

9. TA Lyon, 14 juin 1996, *M. Chamberlain c/conseil régional de l'ordre des architectes de Rhône-Alpes*, n° 960.2420.

10. CAA Lyon, 29 mai 2008, *Ville de Lyon*, n°06LY01546.

11. CE, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, n° 268610.

12. CAA Nancy, 5 août 2004, *M. Delrez c/commune de Metz*, n° 01NC00110.

13. CE, 28 décembre 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes c/département du Puy-de-Dôme*, n° 221649.

14. TA Orléans, 28 juillet 1994, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Centre*, n° 94413.

15. CE, 17 mars 1997, *Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale*, n°155573, 155574 et 155575.

16. L'article 41-1 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ainsi que l'article 41-1 du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 reprennent également, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du n°2005-649 du 6 juin 2005 et visés par l'article 1^{er} de la loi MOP, les règles fixées par l'article 69 du CMP pour le déroulement des procédures de passation de leurs marchés de conception-réalisation





3.1. Pouvoirs adjudicateurs (article 69 du CMP)

3.1.1. Au dessus du seuil communautaire applicable aux marchés de travaux : appel d'offres restreint (article 69-I)

Au-delà de 5 186 000 euros HT, les marchés de conception-réalisation sont passés selon la procédure de l'appel d'offres restreint sous réserve du respect des conditions énoncées à l'article 69-I du CMP reprises ci-après.

3.1.1.1. Composition du jury

Dans le cadre de la passation d'un marché de conception-réalisation selon la procédure de l'appel d'offre restreint, le pouvoir adjudicateur doit désigner un jury composé dans les conditions fixées à l'article 24 du CMP. Un tiers au moins de ses membres sont des maîtres d'œuvre désignés par le pouvoir adjudicateur.

Ces maîtres d'œuvre doivent remplir deux conditions cumulatives pour être désignés :

- ils doivent être indépendants des candidats ;
- ils doivent être compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception.

Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence du Conseil d'Etat qu'un jury ne peut voir sa composition modifiée au cours de la procédure aboutissant au choix du titulaire du marché. Toutefois, dès lors que cette procédure se décompose en deux phases distinctes, choix de candidatures d'une part et choix des offres d'autre part, le pouvoir adjudicateur peut procéder entre ces deux phases au remplacement d'un ou des membres du jury si ce remplacement est motivé par la démission ou l'impossibilité de siéger du membre remplacé.¹⁷

3.1.1.2. Sélection des candidatures

Le jury examine les candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir.

Le pouvoir adjudicateur, au vu de cet avis, dresse la liste des candidats admis à présenter une offre.

Par dérogation à l'article 41 du code des marchés publics, les pièces de la consultation doivent être remises gratuitement aux candidats sélectionnés.

Le dossier de consultation comporte, outre les pièces habituelles, le programme de l'opération qui doit être détaillé et précis.

3.1.1.3. Examen des offres et audition des candidats

Les candidats doivent remettre une offre comprenant :

- un avant-projet sommaire (APS) pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet (AVP) pour un ouvrage d'infrastructure ;
- la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury examine les offres remises et doit auditionner les candidats avant de formuler un avis motivé.

Aucune disposition spécifique ne précise les modalités d'audition des candidats : celles-ci devront néanmoins être indiquées dans le règlement de la consultation et respecter les principes de transparence et d'égalité des candidats.

17. CE, 25 janvier 2006, *Communauté urbaine de Nantes*, n°257978.



Aucune phase de dialogue n'est prévue entre le jury et les candidats.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut éventuellement demander aux candidats de clarifier, préciser ou compléter leur offre sans pouvoir en modifier ses caractéristiques principales.

Le marché est ensuite attribué par le pouvoir adjudicateur au vu de l'avis du jury. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché. L'avis motivé du jury ne lie pas l'autorité compétente pour attribuer le marché¹⁸.

3.1.2. Procédure infructueuse

La procédure d'appel d'offres restreint peut être déclarée infructueuse (article 64-III du CMP) et relancée pour la passation d'un marché négocié (article 35-I du CMP)¹⁹.

3.1.3. Cas particulier des opérations de réhabilitation : le recours possible au dialogue compétitif (article 69-II)²⁰

En réhabilitation, les marchés de conception-réalisation peuvent être passés selon la procédure du dialogue compétitif si les conditions de recours à cette procédure sont remplies (article 36).

La procédure est alors organisée conformément aux dispositions de l'article 67 du CMP.

3.1.4. En-dessous du seuil communautaire : le recours possible à la procédure adaptée (article 69-III)²¹

Le marché de conception-réalisation, dont le montant est inférieur à 5 186 000 euros HT, peut être passé selon la procédure adaptée régie par l'article 28 du CMP.

3.2. Entités adjudicatrices (article 168-I du CMP)

3.2.1. Au-dessus du seuil communautaire : appel d'offres restreint ou marché négocié

Au-dessus du seuil de 5 186 000 euros HT, les entités adjudicatrices soumises à la loi MOP dont les ouvrages envisagés y sont soumis, ont le choix de la procédure applicable : appel d'offres restreint de l'article 69-I du CMP ou marché négocié après mise en concurrence des articles 165 et suivants du CMP²².

3.2.2. En-dessous du seuil communautaire : procédure adaptée

En dessous du seuil de 5 186 000 euros HT, les entités adjudicatrices peuvent passer leurs marchés de conception-réalisation selon la procédure adaptée de l'article 146 du CMP²³.

18. Rép. min. n°13764, JO Sénat, 23 septembre 2010, p 2502.

19. Cf. Article 33-I-1° du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005.

20. Article 41-1-III du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

21. Article 41-1-IV du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

22. Respectivement articles 41-1-II et 41-1-III du décret du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices non soumises au code des marchés publics.

23. Article 41-1-IV du décret du 20 octobre 2005.





3.3. Versement d'une prime

Quelle que soit la procédure utilisée, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, si les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, une prime doit être accordée aux candidats.

Le règlement de la consultation doit préciser ses modalités de versement, son montant ainsi que ses modalités de réduction voire de suppression. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études de conception affecté d'un abattement au plus égal à 20%. La rémunération de l'attributaire tiendra compte de cette prime.

Le Conseil d'Etat juge que le pouvoir adjudicateur et les candidats sélectionnés par le jury sont engagés dans un contrat, indépendamment du marché, ayant pour objet la remise, en contrepartie d'une prime, de prestations conformes aux documents de la consultation. Dès lors, en cas d'annulation de la procédure de passation d'un marché de conception-réalisation, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser le versement de la prime aux candidats, sauf si les vices ayant conduit à l'annulation de la procédure de passation du marché ont une incidence sur la validité de l'engagement contractuel relatif au versement de la prime²⁴.

4. Titulaire du marché de conception-réalisation

L'article 18 de la loi MOP (et l'article 37 du CMP) précise que le titulaire du marché de conception-réalisation d'un bâtiment doit être un groupement d'opérateurs économiques alors que celui d'un marché pour un ouvrage d'infrastructures peut être un seul opérateur économique.

En effet, en vertu de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, seul l'architecte peut élaborer le projet architectural d'un ouvrage soumis à la législation du permis de construire. Dès lors, le marché de conception-réalisation pour un ouvrage de bâtiment devra être confié à un groupement comprenant nécessairement et au minimum un architecte et un entrepreneur.

Il faut enfin noter que dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, les entreprises d'un groupement solidaire sont toutes solidairement et conjointement responsables en cas de désordres, même si ceux-ci ne leur sont pas directement imputables et ne concernent pas le lot pour lequel elles ont été choisies²⁵.

24. CE, 23 octobre 2013, *Hôpital du François*, n°362437, confirmé par CE, 14 février 2014, *Hôpital du François*, n°362331.

25. CAA Nancy, 10 juin 2010, *Sarl Masson*, n°08NC01433, CAA Bordeaux, 2 mars 2010, *Michel X et Vincent Y*, n°08BX02316.



FICHE 7

Les marchés à bons de commande

Avant le code de 2006, les marchés à bons de commande faisaient partie, avec les marchés à tranches conditionnelles, de la catégorie des « marchés fractionnés »¹.

Si le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics² utilise encore la notion de marché fractionné, les marchés à bons de commande constituent une catégorie particulière de marchés publics.

I. Qu'est-ce qu'un marché à bons de commande ?

I.1. Définition

Les marchés à bons de commande sont définis à l'article 77 du code des marchés publics comme des marchés conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de la survenance du besoin par l'émission de bons de commande.

Ils permettent aux acheteurs publics d'effectuer des achats à caractère répétitif auprès d'un ou plusieurs opérateurs économiques sélectionnés à la suite d'une seule procédure de publicité et de mise en concurrence. Les marchés à bons de commande permettent aux pouvoirs adjudicateurs, lors de la survenance de leur besoin, de bénéficier au prix déterminé par le marché public d'une réactivité accrue des opérateurs sélectionnés.

I.2. Distinction des marchés à bons de commande et des accords-cadres

Les directives européennes ne connaissent pas la notion de marché à bons de commande. L'article 33 de la directive 2014/24/UE³ vise, par la notion « d'accord-cadre », deux situations différentes selon que le contrat fixe ou non tous les termes des marchés passés sur son fondement⁴. Le droit national tient compte de cette dualité en prévoyant, pour plus de clarté, une dénomination et des dispositions spécifiques pour chacune de ces deux catégories de contrats :

– Les marchés à bons de commande de l'article 77 du code des marchés publics correspondent, en droit européen, aux « accords-cadres qui fixent tous les termes » et qui sont désignés sous l'appellation de « contrats-cadres ». Ils déterminent les stipulations contractuelles applicables aux commandes qui seront passées sur leur fondement. L'utilisation de

1. Code de 2001, article 72 ; code de 2004, articles 71 et 72.

2. Voir le point 7.2. de ce guide : « Les marchés « fractionnés » et la planification des marchés dans le temps ».

3. Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

4. Voir la fiche explicative de la Commission européenne sur les accords-cadres, CG/2005/03_rev1 FR du 14 juillet 2005.

ce type de contrats ne nécessite pas la conclusion de nouveaux accords entre les parties. Ces contrats-cadres correspondent, en droit national, aux marchés à bons de commande ;

– Les accords-cadres de l'article 76 du code correspondent, en droit européen, aux « accords-cadres qui ne fixent pas tous les termes ». Ils sont incomplets, puisque certaines stipulations contractuelles doivent encore être fixées par la suite, dans le cadre de marchés subséquents (cf. fiche technique relative aux accords-cadres).

2. Quand recourir au marché à bons de commande ?

Depuis le code de 2006, le recours aux marchés à bons de commande n'est plus soumis à des conditions particulières⁵. La passation de ce type de marché est plus spécialement recommandée en cas d'incertitude sur le rythme ou l'étendue du besoin à satisfaire, mais cette circonstance ne saurait, en aucun cas, constituer une limitation de la liberté de choix du pouvoir adjudicateur.

Les marchés à bons de commande sont particulièrement adaptés aux achats répétitifs de fournitures ou services courants tels que, par exemple, les fournitures de bureaux, les denrées alimentaires, le gardiennage ou le nettoyage des locaux. Tous les types de prestations peuvent faire l'objet de tels marchés, y compris les marchés de travaux, les marchés industriels, les marchés informatiques ou de prestations intellectuelles.

Le recours au marché à bons de commande peut permettre aux acheteurs publics de réduire les coûts de procédure et de bénéficier de propositions financièrement plus avantageuses que s'ils passaient différents marchés successifs.

3. Que doit contenir un marché à bons de commande ?

3.1. Objet du marché

Si les marchés à bons de commande sont particulièrement indiqués lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure de déterminer la quantité ou le rythme de ses besoins, la nature des prestations attendues doit être explicitement stipulée dans le marché. Les commandes subséquentes ne pourront porter que sur des prestations expressément identifiées dans les pièces constitutives du marché.

3.2. Nombre de titulaires

Un marché à bons de commande peut être mono-attributaire ou multi-attributaire. Ce choix relève de la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. Toutefois, en cas de multi-attribution et sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres, il ne peut y avoir moins de trois titulaires. La multi-attribution, qui n'est soumise à aucune condition de recours, peut être motivée, par exemple, par l'impossibilité pour une seule entreprise

5. Réponse ministérielle n° 25456, JO Sénat du 15 février 2007, p. 346. Pour une application antérieure au code de 2006, voir l'arrêt CE, 7 juin 2010, Ville de Marseille, n°316528.



de réaliser la totalité des prestations ou par la nécessité d'assurer la sécurité des approvisionnements.

3.3. Prix des prestations

Les marchés à bons de commande sont soumis à la réglementation générale sur les prix, qui exige que les documents contractuels fixent un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable. Sont entachés de nullité les marchés stipulant que les prix seront indiqués dans les bons de commande⁶.

Ordinairement conclus à prix unitaires, aucun principe ne fait obstacle à ce que les marchés à bons de commande comportent, outre une part de prestations non programmable conclue à prix unitaire, une part de prestations prévisibles conclue à prix forfaitaire. Cette situation est fréquente dans les cas de marchés de gardiennage ou de nettoyage d'immeubles. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé « *qu'aucune disposition du code des marchés publics ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations* », qui peuvent être rémunérées par un prix forfaitaire⁷. Si ces « marchés mixtes » ne sont pas interdits, leur passation est néanmoins soumise au respect de trois conditions :

- Les deux types de prestations doivent être clairement distingués ;
- Les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ;
- La conclusion d'un marché global doit être permise par les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics.

3.4. Montants des commandes

3.4.1. Liberté du pouvoir adjudicateur

L'article 77 du code des marchés publics pose le principe de la liberté totale confiée au pouvoir adjudicateur concernant le montant du marché. Les marchés à bons de commande peuvent prévoir un maximum et un minimum en valeur ou en quantité. Ils peuvent également être conclus sans maximum ou sans minimum, ou sans maximum ni minimum. Les entités adjudicatrices bénéficient de la même souplesse.

Cette liberté confiée aux acheteurs publics ne peut s'exercer que pour autant qu'elle ne constitue pas un obstacle à la définition des besoins, étape essentielle de la passation des marchés publics. Le Conseil d'Etat a ainsi exigé des pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre d'un marché à bons de commandes ne fixant pas de montant minimum ou maximum, qu'ils fassent figurer, à titre indicatif et prévisionnel, dans la rubrique « *quantité ou étendue globale* » du formulaire européen d'avis de marché, les quantités de prestations à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché tels que le montant ou le volume de prestations estimatif du marché⁸. Sans ces informations, il est en effet difficile pour un opérateur économique de répondre sauf à augmenter, par précaution, les prix offerts.

6. TA Versailles, 24 mars 1994, *Préfet de l'Essonne c/ président du conseil général de l'Essonne*, Lebon Tables, p. 1036.

7. CE, 29 octobre 2010, *Syndicat Mixte de la Région Ouest de Versailles*, n°340212.

8. CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n°313600. CE, 18 juin 2010, *OPAC Habitat Marseille Provence*, n°335611 : le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de préciser la part de chaque prestation demandée.

Dès lors, si les acheteurs publics désirent obtenir des candidats des offres économiquement avantageuses, il leur est recommandé de s'engager sur des quantités minimales.

3.4.2. Conséquences sur les obligations contractuelles des parties

L'absence ou l'existence de montants minimum ou maximum détermine l'étendue des obligations contractuelles des parties.

3.4.2.1. Absence de montant minimum ou maximum

Les marchés conclus sans montant minimum ne créent aucune obligation pour le pouvoir adjudicateur de passer des commandes⁹.

Par ailleurs, en l'absence de montant maximum, le titulaire du marché est tenu d'honorer toutes les commandes qui lui sont notifiées.

3.4.2.2. Existence d'un minimum ou d'un maximum

Le montant maximum fixé dans le marché revêt un caractère obligatoire pour les parties. En l'absence d'avenant régulièrement intervenu pour en augmenter le montant¹⁰, un dépassement du maximum prévu par les stipulations du marché ne peut donner lieu au paiement d'un prix supplémentaire, le marché ayant pris fin. Néanmoins, le titulaire bénéficie d'un droit à réparation au titre de ses dépenses qui ont été utiles à l'administration, sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

L'engagement du pouvoir adjudicateur sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit du titulaire dans l'hypothèse où ce montant ne serait pas atteint. Le montant de l'indemnité ne réside pas dans la différence entre le montant minimum et le montant des bons de commande émis, mais correspond à la marge bénéficiaire nette qu'aurait dégagée l'exécution des commandes manquantes¹¹. La rémunération des employés de l'entreprise n'est indemnisable que s'il est démontré que cette rémunération constitue une charge qui aurait été couverte par le règlement du marché¹². La jurisprudence a pu admettre également que les frais d'études engagés pour la réalisation de prestations spécifiques ou encore les frais inhérents à la mobilisation du personnel pour l'exécution du marché soient mis à la charge du pouvoir adjudicateur¹³.

En cas de multi-attribution, si le montant minimum du marché n'est pas atteint, les titulaires ne sont, en principe, pas fondés à demander une indemnisation dès lors que le montant minimum de commandes pour chacun des titulaires ne peut être déterminé avec certitude à la lecture du marché. En effet, seul le préjudice certain peut être indemnisé. En l'absence de telles précisions contenues dans le marché, si l'administration décide de ne plus passer de commandes, les sociétés titulaires ne peuvent déduire des commandes réalisées depuis la signature du marché les bénéfices qu'elles auraient dû réaliser si des prestations supplémentaires leur avaient été commandées. Ainsi le préjudice se fondant sur la perte de bénéfices résultant, pour chaque titulaire, de la non-exécution du marché ne peut être établi.

9. CAA Paris, 13 mars 2007, *Sté automobile Citroën*, n°04PA02721.

10. Cf. article 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

11. CE, 18 janvier 1991, *Ville d'Antibes c/ SARL Dani*, n° 80827 ; CAA Nancy, 23 mars 2006, *Commune de Sarreguemines*, n°03NC00173.

12. *Ibid.*

13. CAA Nancy, 23 mars 2006, *Commune de Sarreguemines*, n° 03NC00173 ; CAA Paris, 3 juin 2008, *UGAP c/ Tryonyx*, n°06PA02468.



3.5. Durée de validité des marchés à bons de commande

3.5.1. Principe de la durée quadriennale des marchés à bons de commande

La durée de validité des marchés à bons de commande passés par les pouvoirs adjudicateurs ne peut dépasser quatre ans, toute période de reconduction comprise. Sauf justifications particulières, la conclusion d'un marché excédant cette durée est irrégulière (voir point 3.5.2).

L'indication de la durée d'un marché, élément essentiel de la mise en concurrence, doit être portée dans l'avis de marché¹⁴.

Il s'agit d'une durée maximale qui n'interdit pas aux acheteurs publics de retenir une durée plus courte. Ils peuvent également opter pour une formule de marché comprenant une période ferme reconductible, et bénéficier pleinement de la réactivité offerte par le régime des marchés à bons de commande.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un marché à bons de commande assorti d'un montant maximum, ce montant constitue la limite supérieure des obligations contractuelles tant du pouvoir adjudicateur que du titulaire du marché. Ainsi, le marché prend fin de plein droit dès lors que le montant maximum est atteint et ce, quand bien même la durée de validité du marché ne serait pas encore expirée. En revanche, il s'avère impossible de mettre fin au marché avant son terme au seul motif que le montant minimum fixé aurait été atteint.

La durée maximale de quatre ans concerne la seule émission des bons de commande, qui doit avoir lieu pendant la durée de validité du marché. Un bon de commande émis alors que la durée de validité du marché est expirée ne peut faire naître aucune obligation contractuelle et n'ouvre donc pas droit au paiement du prix prévu par le marché au profit de son titulaire. Toutefois, celui-ci peut demander à être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement sans cause¹⁵.

L'exécution des bons de commande peut néanmoins se poursuivre au-delà de cette durée, notamment pour assurer la continuité d'un approvisionnement durant le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant. Si un bon de commande est émis en fin d'exécution du marché, il restera valide après l'expiration du marché en application duquel il a été émis.

La durée d'exécution des bons de commande au-delà du terme du marché doit cependant être raisonnable. Les dispositions de l'article 77 II du code des marchés publics proscrivent une date d'émission et une durée d'exécution des bons de commande qui conduiraient à méconnaître l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques, c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable. Cette durée doit s'apprécier en fonction de l'objet et des caractéristiques de la prestation, mais ne devrait, en principe, pas dépasser le temps nécessaire pour sa réalisation.

3.5.2. Dérogations à la règle quadriennale

L'article 77-II du CMP précise que le dépassement de la durée maximale de quatre ans peut être justifié par l'objet du marché ou par le fait que son exécution nécessite des investissements devant faire l'objet d'un amortissement sur une durée supérieure à quatre ans.

14. CE, 19 septembre 2007, *SDIS du Nord*, n°298294.

15. CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, *Sté Bull SA*, n°08BX00203.

L'acheteur public doit toujours pouvoir justifier se trouver dans une de ces hypothèses, lorsqu'il prévoit une durée de validité supérieure à quatre ans¹⁶. Cette justification doit être portée dans l'avis d'appel public à la concurrence¹⁷ ainsi que dans le rapport de présentation demandé à l'article 79 du CMP.

3.5.3. Cas particuliers

- Aucune durée maximale n'est fixée pour les marchés à bons de commande passés par les entités adjudicatrices (article 169 du CMP). Il n'en reste pas moins que la fixation de la durée de ces marchés doit tenir compte de l'exigence d'une remise en concurrence périodique.
- Les marchés de défense ou de sécurité, passés en application de la troisième partie du CMP, ne peuvent excéder sept ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, déterminés en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur (article 251 du CMP).

4. Comment passer un marché à bons de commande ?

Les marchés à bons de commande constituent une forme particulière de marché public et non pas un mode spécifique de passation. De fait, ils obéissent aux règles de droit commun prévues par le code des marchés publics.

4.1. Montants et seuils

La procédure de passation d'un marché à bons de commande est déterminée en fonction de son montant, au regard des seuils prévus à l'article 26 du code. Si le marché prévoit des périodes de reconduction, le montant total du marché à prendre en compte sera déterminé en incluant celles-ci. Par ailleurs, lorsqu'un marché comporte des prestations à prix unitaires et forfaitaires, le pouvoir adjudicateur devra ajouter au montant maximum de la partie à bons de commande le montant des prestations forfaitaires afin de déterminer le montant total du marché.

Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte pour la détermination de la procédure de passation applicable correspond à ce maximum multiplié, le cas échéant, par le nombre de périodes de reconduction. Toutefois, lorsque la durée initiale du marché est différente de celle de la période de reconduction (par exemple, la durée initiale est de un an, la durée du marché reconduit est de six mois), il conviendra alors d'ajouter au montant maximum initial, le maximum modifié au prorata de la nouvelle durée du marché.

Lorsque le marché ne fixe pas de montant maximum, la valeur estimée du besoin est réputée excéder le seuil de procédure formalisée et ce, même si la valeur estimée du

16. CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n°364551.

17. Rubrique II.1.4 du modèle européen et rubrique 11 du modèle national.



marché est inférieure aux seuils européens¹⁸. L'article 27-VI du code fait ainsi obstacle à ce qu'un marché à bons de commande conclu sans maximum soit passé selon une procédure adaptée, sous réserve des marchés de services passés en application de l'article 30.

4.2. Publicité des marchés à bons de commande faisant l'objet d'une procédure formalisée

Tirant les conséquences de la dualité des accords-cadres au sens du droit de l'Union européenne, le Conseil d'Etat a précisé que « *les marchés à bons de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics, conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de l'émission de bons de commande sans négociation ni remise en concurrence, doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive* »¹⁹. Il en résulte que, dans le cas d'un marché à bons de commande, la rubrique II.1.4 du formulaire standard européen d'avis de marché relative aux « informations sur l'accord-cadre » doit être renseignée.

5. Comment émettre des bons de commandes ?

5.1. Nature et fonction

Les bons de commande ont pour fonction de déterminer les prestations du marché dont l'exécution est demandée ainsi que leurs quantités. Ils ne sauraient avoir pour objet ou pour effet de modifier le contenu du contrat.

Le code des marchés publics n'impose pas de formalisme particulier pour l'émission des bons de commande, qui doivent cependant être des documents écrits²⁰.

Les bons de commande constituent des décisions unilatérales de l'administration. Ils se rattachent aux actes d'exécution des contrats au sens de l'article L. 2122-22 4° du Code général des collectivités territoriales²¹. A ce titre, ils n'ont pas à être transmis au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité²².

Les bons de commande engagent, sous réserve de leur régularité, la responsabilité contractuelle du titulaire opposant un refus d'exécution²³.

5.2. Modalités d'attribution des bons de commande

L'attribution des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques.

Dans le cadre d'un marché à bons de commande multi-attributaires, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de répartition des commandes au regard des caractéristiques du marché. Celles-ci sont réparties entre les titulaires, selon les modalités fixées par le marché, qui doivent toujours être objectives, transparentes et non discriminatoires.

18. CE, 17 décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilhes*, n°385033.

19. CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n°309136.

20. Article 77-I du code des marchés publics.

21. Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008, p. 2607.

22. Réponse ministérielle n° 16892, JO Sénat du 31 mai 2005, p. 1154.

23. CAA Bordeaux, 14 novembre 2006, *SA IPC-Corporation*, n°03BX02221.

A cet égard et afin de donner aux opérateurs économiques une visibilité suffisante pour l'optimisation de la commande, le pouvoir adjudicateur doit informer clairement les candidats, dès le lancement du marché, des règles d'attribution des bons de commande.

Le fait pour un pouvoir adjudicateur de prévoir dans les pièces de son marché que « *l'attribution des bons de commande sera faite librement par le pouvoir adjudicateur tout en respectant un équilibre financier entre les attributaires* » ne suffit pas à définir les modalités d'émission des bons de commande. Il convient ainsi de fixer précisément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires dans le cahier des clauses administratives particulières.

A cette fin, le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à différentes méthodes d'attribution des commandes. Celles-ci peuvent notamment être attribuées selon la méthode dite « en cascade »²⁴ qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les mieux-disant. Dans cette hypothèse, l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première. Si celui-ci n'est pas en mesure de répondre dans les délais exigés, l'acheteur pourra s'adresser au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite.

L'attribution des bons de commandes peut également résulter de l'application de la règle dite du « tour de rôle » où, pour chaque bon de commande, le choix du titulaire s'effectue par roulement. Le premier titulaire peut, par exemple, être déterminé selon l'ordre alphabétique des noms de société ou l'ordre de classement des offres.

Le pouvoir adjudicateur peut également attribuer ses commandes à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires. Dès lors, si un des titulaires atteint, selon la technique dite « en cascade » ou celle « du tour de rôle », le montant maximum fixé dans les documents du marché, celui-ci ne pourra plus se voir attribuer les commandes suivantes, lesquelles sont alors attribuées aux autres titulaires selon les mêmes modalités. L'association de cette dernière méthode de répartition à celle de la méthode « en cascade » ou « à tour de rôle » a pour finalité de garantir à chacun des titulaires une répartition équitable des commandes en termes de volume financier.

En tout état de cause, l'attribution du bon de commande doit résulter d'une application automatique des stipulations du cahier des clauses administratives particulières et ne doit pas relever d'un pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

5.3. Principe d'exclusivité

Les titulaires d'un marché à bons de commande bénéficient, par principe, d'une exclusivité sur les prestations objet du marché, alors même qu'aucune clause d'exclusivité ne figurerait dans le marché²⁵.

Le pouvoir adjudicateur qui confie des prestations identiques à une autre entreprise engage sa responsabilité vis-à-vis du titulaire²⁶.

Cette exclusivité tire son origine d'une interprétation *a contrario* de l'article 77-III du code des marchés publics qui autorise le pouvoir adjudicateur, pour des besoins occasionnels de faible montant, à s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de ces achats ne dépasse pas 1% du montant total du marché, ni la somme de 10 000 euros HT. Tout dépassement de ces seuils d'exclusivité est susceptible d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur. Le prestataire est alors

24. Réponse ministérielle n° 5530, JO Sénat du 18 décembre 2008, p. 2546.

25. Réponse ministérielle n° 75327, JOAN du 16 mai 2006, p. 5178.

26. CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, *Marcellin X*, n°08BX00239.



fondé à demander à être indemnisé au titre du manque à gagner résultant des prestations qui auraient dû lui être confiées.

Par conséquent, si le pouvoir adjudicateur souhaite confier des prestations faisant l'objet du marché à bons de commande à un tiers, il doit s'assurer que ces prestations répondent uniquement à un besoin occasionnel et de faible montant. Il n'est en revanche pas tenu de démontrer que le titulaire du marché à bons de commande serait incapable de réaliser cette prestation.

S'il appartient au pouvoir adjudicateur d'évaluer le dépassement du seuil d'exclusivité en fonction du montant des prestations réellement confiées au titulaire, dans le cadre d'un marché à bons de commande conclu sans minimum ni maximum, l'assurance que le pourcentage de 1% de commandes hors marché a été respecté ne sera acquise qu'en fin d'exécution. Le pouvoir adjudicateur peut cependant, dès le commencement d'exécution du marché à bons de commande conclu sans minimum ni maximum, calculer le pourcentage de 1% au regard du montant prévisionnel du marché. Au fur et à mesure de son exécution, le pouvoir adjudicateur pourra réévaluer ce montant estimatif au regard des commandes réellement passées (commandes déjà réalisées, en cours de réalisation ou pour lesquelles un bon de commande a été émis sans qu'aucun commencement d'exécution n'ait eu lieu)²⁷. Par ailleurs, le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum lorsque celui-ci est prévu par le contrat.

L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et son décret d'application n°2005-1742 ne prévoyant pas un tel mécanisme, le principe d'exclusivité ne lie pas le pouvoir adjudicateur pour les marchés à bons de commande conclus sous l'empire de cette ordonnance. Dans cette hypothèse, et sauf stipulations contractuelles contraires, l'acheteur public peut passer des commandes à d'autres opérateurs, sous réserve d'appliquer les principes fondamentaux de la commande publique et de respecter les règles de passation des marchés publics. Cette faculté ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du minimum prévu par le contrat le liant avec son ou ses fournisseurs.

Toutefois, le recours à d'autres marchés, pour un même type de prestations, ne doit pas être constitutif d'une faute contractuelle à l'égard du titulaire du marché à bons de commande. Tel pourrait être le cas si ce dernier était privé de l'exécution des prestations qu'il pouvait raisonnablement attendre au vu de l'estimation du marché à bons de commande²⁸. De plus, les commandes passées en dehors du marché ne doivent pas avoir pour objet de constituer un détournement des règles relatives au marché à bons de commande multi-attributaire.

5.4. Règlement des bons de commande

Dans le cadre des marchés à bons de commande, chaque commande donne lieu à des prestations propres pouvant faire l'objet d'une réception et d'un règlement dès leur réalisation. Dès lors, excepté si le contrat renvoie à un règlement définitif de l'ensemble des commandes au terme du marché, chaque commande peut également donner lieu à un règlement définitif. Le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé que les dispositions de l'article 92 du code des marchés publics, qui excluent les paiements partiels définitifs dans le cadre

27. Réponse ministérielle n°54167, JOAN du 29 juillet 2014, p.6472.

28. CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, *Marcellin X*, n°08BX00239.

des marchés de travaux, ne font pas obstacle à ce que soit considéré comme définitif le paiement d'une commande pour lequel un bon de commande a été émis²⁹.

5.5. Le titulaire peut-il contester la décision d'interrompre l'exécution d'un bon de commande ?

S'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence dite « Béziers II »³⁰, le Conseil d'Etat a, dans une décision du 25 octobre 2013, a rejeté comme irrecevables les conclusions dirigées contre la décision de l'administration d'interrompre l'exécution d'une prestation prévue par l'un des bons de commande. Une telle décision, qui n'a pas pour objet de résilier le marché à bons de commande, constitue en effet une simple mesure d'exécution du contrat³¹.

Une telle mesure est toutefois susceptible de donner lieu à une demande indemnitaire de la part du cocontractant de l'administration, au titre du préjudice qu'elle lui a causé.

6. Peut-on combiner l'accord-cadre et le marché à bons de commande ?

Les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles prévues à l'article 76 du code des marchés publics, c'est-à-dire, le cas échéant, après consultation du titulaire ou remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre. Ils sont ensuite exécutés conformément aux dispositions de l'article 77, c'est-à-dire par l'émission de bons de commande lors de la survenance du besoin. Toutefois, les bons de commande ne peuvent être émis que pendant la durée de validité du marché subséquent, auquel ils se rattachent. Un tel dispositif permet de conjuguer la souplesse propre à l'accord-cadre et la réactivité permise par le marché à bons de commande.

7. Peut-on combiner le marché complémentaire de services ou de travaux et le marché à bons de commande ?

L'article 35-II-5° du code des marchés publics est applicable à tout marché quel que soit sa forme, notamment aux marchés à bons de commande. Les conditions de recours aux marchés complémentaires de services ou de travaux s'apprécient toutefois strictement.

- Le marché complémentaire doit être attribué au titulaire du marché principal ;
- Il doit porter sur des prestations qui ne figurent pas dans le marché initial mais qui sont devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue. Ce marché ne doit pas être la réponse à une mauvaise évaluation préalable des besoins à satisfaire par le pouvoir adjudicateur. De même, une évolution prévisible, ou encore un fait imputable à l'adminis-

29. CE, 30 octobre 2012, *Société Efficage travaux publics Méditerranée*, n°348476.

30. CE Sect. 21 février 2011, *Commune de Béziers*, n°304806.

31. CE, 25 octobre 2013, *Région Languedoc Roussillon*, n°369806.



tration, ne peut justifier le recours à cette procédure. Est imprévue la circonstance qui ne pouvait pas entrer raisonnablement dans les prévisions des parties, lors de la conclusion initiale du contrat.

– L'article 35 du code des marchés publics prévoit également que le recours à un marché complémentaire doit satisfaire l'une des deux conditions alternatives suivantes :

- les services ou les travaux complémentaires ne doivent pas pouvoir être techniquement ou économiquement séparés du marché principal, sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;

- ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont nécessaires à son achèvement.

– Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal, avenants éventuels compris.

Lorsque le marché initial est à bons de commande sans minimum ni maximum, il n'est pas possible de calculer le montant maximum du marché complémentaire par rapport au montant initial du marché. Il convient donc de calculer ce maximum au regard des commandes réellement passées. Le montant des commandes passées correspond au montant des commandes arrêté avant la conclusion du marché complémentaire, c'est-à-dire avant sa signature. Ce montant concerne les commandes déjà réalisées, en cours de réalisation ou pour lesquelles un bon de commande a été émis sans qu'aucun commencement d'exécution n'ait eu lieu.

– Les marchés à bons de commande sont passés, sauf cas exceptionnels justifiés, pour une durée maximale de quatre ans. Cette règle se justifie par l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

Juridiquement, le marché complémentaire est distinct du marché initial. Contrairement aux marchés complémentaires de fournitures, la durée des marchés complémentaires de services et de travaux est libre. Il est donc juridiquement possible, même si le marché initial est un marché à bon de commande d'une durée de 4 ans, de passer un marché complémentaire si l'ensemble des conditions pour y recourir sont réunies.

FICHE 8

Les accords-cadres

Inspirés de la technique française des marchés à bons de commande, les accords-cadres ont été consacrés, en droit communautaire, par les directives du 31 mars 2004 (2004/17 et 2004/18) et, en droit interne, par le code des marchés publics de 2006. Dix ans après sa création, force est de constater que l'accord-cadre est devenu un instrument largement utilisé et considéré comme une technique de passation de marché efficace dans toute l'Europe.

Aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics, les accords-cadres sont des « *contrats conclus entre [un pouvoir adjudicateur] (...) et des opérateurs économiques (...), ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées* ».

Toutefois, la notion d'accord-cadre au sens du droit national n'est pas exactement celle du droit de l'Union européenne. Les directives assimilent, sous le même vocable d'accord-cadre, deux situations distinguées par le droit français, selon que l'accord-cadre fixe ou non tous les termes des marchés passés sur son fondement¹. Le droit national tient compte de cette dualité en prévoyant, pour plus de clarté, une dénomination et des dispositions spécifiques à chacune de ces deux catégories de contrats :

- la première catégorie d'accords-cadres (les contrats-cadres) correspond, en droit national, aux marchés à bons de commande de l'article 77 du code des marchés publics ;
- la seconde catégorie (les accords-cadres stricto sensu) correspond aux accords-cadres de l'article 76 du même code.

Instrument de planification de la commande publique, l'accord-cadre est un contrat par lequel l'acheteur public s'engage à passer des marchés auprès du ou des titulaires de l'accord, pendant une période donnée et pour des prestations déterminées. Ces marchés sont appelés marchés subséquents de l'accord-cadre.

I. Le recours à l'accord-cadre

Aucune condition particulière n'est imposée pour pouvoir recourir aux accords-cadres. Ils peuvent être conclus dans tous les domaines (travaux, fournitures et services), même s'ils sont peu adaptés aux travaux neufs de génie civil ou de bâtiment qui se caractérisent par une unité fonctionnelle et dont tous les détails doivent être connus dès l'origine. La philosophie de l'accord-cadre repose sur la possibilité d'ajuster la réponse aux besoins, à mesure de l'apparition de ceux-ci.

1. Voir la fiche explicative de la Commission européenne sur les accords-cadres, CC/2005/03_rev1 FR du 14 juillet 2005.

L'accord-cadre permet à l'acheteur public de bénéficier d'une grande réactivité des prestataires au moment de l'apparition des besoins, alors que la passation d'un marché pour chaque besoin nouveau requiert, sauf exception, l'application des procédures de droit commun du code des marchés publics. Il donne aussi à l'acheteur la possibilité d'ajuster la réponse à ses besoins, au moment où il peut les identifier et décider de l'achat.

L'accord-cadre est particulièrement adapté pour les achats répétitifs, mais dont les contours ne sont pas totalement délimités en amont, ou qui sont susceptibles d'évolutions technologiques. Par comparaison au marché à bons de commandes, il offre la possibilité de ne pas définir, à l'avance, l'ensemble des conditions d'exécution du contrat et de pouvoir mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre afin de bénéficier, tout au long de l'accord cadre, de la meilleure qualité au meilleur prix.

Le recours à l'accord-cadre permet de réduire les coûts de procédure et offre la possibilité, pour des acheteurs ayant besoin d'une visibilité à long terme, de planifier leurs marchés et de connaître à l'avance les caractéristiques principales de l'état de l'offre. Il permet notamment d'acheter au meilleur prix des prestations dont les prix sont volatiles.

Par exemple, l'accord-cadre peut être utilisé pour les services d'agence de voyage. Dans ce cas, l'intérêt réside dans la possibilité de remettre en concurrence, selon une procédure rapide, les agences de voyage pour chacune des prestations. Il présente également un grand intérêt pour les marchés de communication ou pour les marchés d'équipements informatiques à fort potentiel d'évolution technologique, ou encore pour des besoins qui doivent être satisfaits dès leur survenance.

2. Le contenu de l'accord-cadre

L'accord-cadre n'est pas un simple système de référencement permettant de constituer un fichier de prestataires ou de fournisseurs. C'est un contrat comportant des obligations et des engagements pour chacune des parties. S'il permet que certains termes des marchés subséquents ne soient fixés qu'au moment de la conclusion de ces marchés, l'accord-cadre ne saurait se contenter de définir sommairement les besoins, permettant ensuite au pouvoir adjudicateur d'être complètement libre dans la fixation de ses exigences. Outre le détournement de procédure qu'une telle interprétation caractériserait, elle conduirait à rendre inefficace la procédure d'un point de vue économique, aussi bien pour l'acheteur que pour l'entreprise, en ne leur permettant pas un minimum de planification des commandes.

2.1. L'accord-cadre doit comporter les éléments relatifs à l'offre elle-même

Les marchés subséquents sont passés sur le fondement de l'accord-cadre. L'accord-cadre doit donc comporter un certain nombre d'informations sur les engagements des parties et les conditions de passation des marchés subséquents.

Le code précise que les critères de sélection des offres « définitives » des marchés subséquents sont définis dans l'accord-cadre lui-même (art. 76-III-5°).

Ce dernier doit en outre comporter obligatoirement certaines mentions (art. 12-III). L'accord-cadre n'est pas une coquille vide n'engageant aucune des parties. La question se pose alors de savoir quel est le degré de précision que l'accord-cadre doit comporter sur les engagements des parties.



Concernant plus particulièrement des clauses relatives au prix ou aux modalités de sa détermination, il s'agira de fixer un certain nombre de conditions financières, sans pour autant figer celles-ci.

Le prix peut par exemple constituer le critère unique sur lequel est organisée la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre. Une attention particulière est donc nécessaire lors de la détermination des termes de l'accord-cadre, car ils ne pourront en aucun cas être substantiellement modifiés ultérieurement.

2.2. L'accord-cadre est conclu pour une période maximale de quatre ans

L'article 76-V prévoit que la durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans. Toutefois, il prévoit que, dans des cas exceptionnels justifiés, un accord-cadre peut être passé pour une durée supérieure, notamment en raison de son objet ou du fait que son exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans². L'acheteur public doit toujours pouvoir justifier se trouver dans une de ces hypothèses lorsqu'il prévoit une durée de validité supérieure à quatre ans. Cette justification doit être portée dans l'avis d'appel public à la concurrence³ mais n'est pas obligatoire dans les documents de la consultation remis aux candidats⁴. Elle doit l'être s'il s'agit d'une information utile pour les candidats. Cette justification doit être portée dans le rapport de présentation demandé à l'article 79 du CMP.

Cette durée maximale de quatre ans ne s'impose pas aux accords-cadres des entités adjudicatrices (art. 169).

2.3. L'accord-cadre peut être mono-attributaire ou multi-attributaire

La détermination *a priori* par l'acheteur public du nombre de titulaires qu'il a l'intention de retenir doit être guidée par le souci d'instaurer un équilibre entre les nécessités d'une procédure d'achat, qui doit être rapide, et la préservation d'une concurrence effective entre les titulaires eux-mêmes au sein de l'accord-cadre, s'il opte pour une pluralité de titulaires. Ce choix relève de l'appréciation de l'acheteur public, à condition toutefois que ce nombre de titulaires ne soit pas inférieur à trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres.

2.4. L'accord-cadre est un système fermé pendant sa durée d'exécution et comporte une exclusivité d'achats auprès du ou des titulaires

L'accord-cadre est un contrat formé par la rencontre de volonté de ses signataires, qui ne peut avoir d'effet qu'entre les parties.

Le droit de l'Union européenne est inchangé sur ce point. Ainsi, l'article 33 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics indique expressément que les accords-cadres ne peuvent être appliqués « *qu'entre, d'une part, les pouvoirs*

2. CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n° 364551, cons. 10.

3. Règlement d'exécution de la Commission n° 842/2011 du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n° 1564/2005 – Annexe II : Formulaire standard 2: « Avis de marché », rubrique II.1.4)

4. CE, 10 mai 2006, *Société Schiocchet*, n° 288435.

adjudicateurs clairement identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt et, d'autre part, les opérateurs économiques qui sont parties à l'accord-cadre tel qu'il a été conclu ».

Le considérant 60 de la directive précise également : « *A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs qui sont, dès le départ, parties à un accord-cadre spécifique, devraient être clairement désignés, soit par leur nom ou par d'autres moyens tels qu'un renvoi à une catégorie donnée de pouvoirs adjudicateurs dans une zone géographique clairement délimitée, de manière à ce que les pouvoirs adjudicateurs concernés puissent être identifiés aisément et sans ambiguïté. De même, une fois conclu, un accord-cadre ne devrait pas être ouvert à de nouveaux opérateurs économiques.* »

L'accord-cadre est donc un système fermé :

– à l'égard des acheteurs publics : il n'est pas possible d'en faire bénéficier des administrations non mentionnées dans l'accord-cadre, alors même que le maximum en valeur ou en quantité indiqué dans le contrat ne serait pas atteint. En particulier, ce n'est pas parce que le marché est passé par l'Etat, entité juridique unique, que des services non mentionnés dans le dossier de la consultation peuvent y être intégrés alors que le marché a été initialement limité à certains services (voir point 6.3.).

– à l'égard des titulaires : contrairement au système d'acquisition dynamique, une fois l'accord-cadre conclu avec un ou plusieurs titulaires, aucun opérateur économique supplémentaire ne peut y adhérer ; seuls le ou les titulaire(s) de l'accord-cadre originairement parties au contrat peuvent se voir attribuer des marchés subséquents.

De plus, le code des marchés publics prévoit une exclusivité d'achat bénéficiant au(x) titulaire(s) de l'accord-cadre et à laquelle il ne peut être dérogé que pour des besoins occasionnels de faible montant, à condition que, pour un même accord-cadre, le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas la somme de 10 000 euros HT (art. 76-VII du CMP).

2.5. L'accord-cadre doit comporter une obligation de répondre aux marchés subséquents et des clauses précises d'évolution des prix.

Si l'accord-cadre apporte une visibilité à l'acheteur en termes d'étude de marché, il faut prendre garde au fait qu'en signant un accord-cadre, l'acheteur limite aussi le marché économique aux entreprises qu'il aura sélectionnées. Le risque est fort que les co-titulaires, qui ont l'avantage de se connaître, tentent de profiter de cette situation. Il serait alors paradoxal que l'acheteur soit contraint de ne faire un choix qu'entre des offres manifestement survalorisées par rapport à ce qu'il pourrait trouver sur le marché. On peut comprendre que la certitude d'avoir des fournisseurs et des prestations dans des conditions rapides constitue un avantage qui peut comporter un coût, mais ce coût doit être proportionné à la réalité du marché économique. C'est la raison pour laquelle l'acheteur aura particulièrement intérêt dans l'accord-cadre à définir des clauses strictes d'évolution des prix, notamment des clauses butoir (prix plafond, fourchette d'évolution, ...).

L'acheteur public aura également intérêt à prévoir que les titulaires de l'accord-cadre s'engagent à faire des offres régulières, acceptables et appropriées lorsqu'ils seront sollicités pour les marchés subséquents. Il s'agit là simplement de la contrepartie de l'engagement de l'acheteur public à ne passer commande qu'auprès des titulaires de l'accord-cadre.

L'obligation de répondre aux marchés subséquents peut être assortie de sanctions. L'accord-cadre pourra par exemple prévoir qu'au cas où, après deux mises en concurrence ayant donné lieu à la présentation d'offres supérieures de X % au prix moyen du marché économique (en précisant également les règles de détermination de ce prix du marché),



l'acheteur public est, pour cet achat, délié de l'exclusivité contractuelle dont bénéficient les titulaires du marché et peut procéder à cet achat en recourant à une mise en concurrence en dehors de l'accord-cadre. Il peut également prévoir qu'en cas d'absence répétée d'offres raisonnables, l'accord-cadre pourra être résilié à l'égard du ou des titulaires fautifs.

2.6. L'accord-cadre peut être conclu avec un minimum et un maximum, ou avec un minimum, ou avec un maximum, ou encore sans minimum ni maximum en valeur ou en quantité.

2.6.1. Montant minimum

L'existence ou l'absence de minimum détermine l'étendue des obligations des parties. Toutefois, celle-ci varie selon qu'il y a eu mono ou multi-attribution.

Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul titulaire, l'administration est tenue de conclure avec lui des marchés subséquents à hauteur du minimum apprécié sur la durée totale de l'accord-cadre, sauf à devoir indemniser le titulaire. La jurisprudence relative à l'indemnisation du titulaire d'un marché à bons de commande est transposable à l'indemnisation du titulaire unique des accords-cadres.

Dans le cas particulier des accords-cadres multi-attributaires, deux hypothèses peuvent être envisagées :

1° Si le fait de ne pas avoir atteint le niveau minimum de commandes résulte de l'inefficacité des diverses remises en concurrence des co-titulaires de l'accord-cadre, l'acheteur public ne peut se voir reprocher une quelconque faute de sa part et aucune indemnité ne saurait être versée à ce titre.

2° Si l'acheteur public n'a pas pris les dispositions nécessaires pour remettre en concurrence les co-attributaires, afin d'atteindre le montant minimum, il a manqué à ses engagements envers les titulaires de l'accord-cadre. Mais, s'il y a bien faute de l'administration, il est difficile d'établir un préjudice certain. En effet, chaque titulaire devrait justifier que, s'il y avait eu remise en concurrence, des marchés subséquents lui auraient été attribués.

2.6.2. Montant maximum

Lorsqu'un maximum est fixé par l'acheteur public, il détermine la limite supérieure des obligations susceptibles d'être mises à la charge du ou des titulaires par le biais des marchés subséquents. Pour cette raison, il constitue un des piliers de la relation contractuelle entre le pouvoir adjudicateur et la ou les entreprises titulaires, qui ont apprécié l'étendue du marché sur cette base.

Ce maximum ne peut être augmenté de façon unilatérale par l'acheteur public et ce, même si cette augmentation est sans incidence sur un seuil de procédure de mise en concurrence.

L'augmentation de ce maximum demeure néanmoins possible par la conclusion d'un avenant avec le ou les titulaires de l'accord-cadre. Cet avenant ne doit pas avoir d'incidence sur l'application des seuils de procédure et, conformément à l'article 20 du code des marchés publics, il ne doit pas bouleverser l'économie du contrat⁵.

5. Rép. min. n° 22828, JOAN QE, 23 avril 2013, p. 4466.

2.6.3. Absence de montant minimum et maximum

Même si l'accord-cadre ne fixe pas de montant minimum ou maximum, la rubrique « quantité ou étendue globale » du formulaire européen d'avis de marché doit être remplie⁶. Les acheteurs publics doivent donc renseigner la rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché.

3. Les procédures de passation des accords-cadres

Les accords-cadres sont passés selon les mêmes procédures et dans les mêmes conditions que les marchés publics. Ils sont soumis aux mêmes seuils que les marchés publics.

Pour calculer le montant de l'accord-cadre, il convient de tenir compte de la valeur maximale estimée du besoin pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre, alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas de visibilité quant au nombre de marchés subséquents qui seront conclus ou encore à la quantité qui sera effectivement commandée (art. 27-V).

Lorsque la valeur maximale estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens, il est obligatoire de mettre en place une procédure formalisée, notamment : appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, procédure négociée dans les hypothèses définies à l'article 35 du code ou dialogue compétitif si les conditions fixées par l'article 36 sont réunies.

En dessous des seuils des procédures formalisées, les accords-cadres peuvent être conclus dans le cadre d'une procédure librement choisie et adaptée par l'acheteur public, sous le contrôle par le juge du respect des principes de la commande publique.

Par ailleurs, et quel que soit le montant estimé du besoin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent également mettre en œuvre une procédure adaptée, en application de l'article 30 du code, lorsque l'accord-cadre porte sur des prestations de services non mentionnés à l'article 29.

4. Le régime des marchés subséquents

4.1. La consultation du titulaire de l'accord-cadre mono-attributaire.

L'attribution des marchés fondés sur un accord-cadre mono-attributaire n'est précédée d'aucune procédure particulière. Les conditions de concurrence n'existant plus, il n'y a pas lieu de procéder à des mesures de publicité ou de mise en concurrence. Tout juste est-il possible de demander au titulaire de l'accord-cadre de compléter son offre. Ce complément ne peut toutefois avoir pour effet de modifier substantiellement les caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre. En aucun cas, ce complément ne peut avoir pour effet de modifier l'objet du marché.

6. CE, 20 mai 2009, *Ministre de la Défense*, n°316601.



4.2. La remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre multi-attributaires

Lorsque l'accord-cadre a été attribué à plusieurs opérateurs économiques, les marchés subséquents sont précédés d'une remise en concurrence. Celle-ci est organisée soit au moment de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue dans l'accord-cadre. Dans le premier cas, et si l'accord-cadre est divisé en lots, seuls sont consultés les titulaires du ou des lots correspondant à l'objet du marché subséquent à passer. Dans le second cas, et si l'accord-cadre est divisé en lots, les titulaires des lots de l'accord-cadre doivent être reconsultés.

En cas d'allotissement, le pouvoir adjudicateur ne peut pas retenir un mode de remise en concurrence combinant la survenance du besoin et la périodicité.

La procédure de remise en concurrence doit respecter les impératifs suivants :

- La consultation des titulaires doit être écrite ;
- Le pouvoir adjudicateur doit fixer et annoncer un même délai pour tous les titulaires consultés, évalué en fonction de la complexité et du temps nécessaire pour élaborer les offres ;
- Les titulaires consultés doivent transmettre leur offre par écrit, sous forme papier ou sous forme dématérialisée.

Tous les titulaires de l'accord-cadre concernés par les prestations en cause doivent être consultés. Lors de cette consultation, le pouvoir adjudicateur indique l'objet du marché spécifique pour lequel les offres sont demandées ainsi que le délai pour leur présentation.

Aucun délai minimal de remise des offres n'est fixé par les textes. Si l'acheteur public bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, ce délai doit néanmoins être raisonnable, c'est-à-dire proportionné aux exigences spécifiques contenues dans le cahier des charges du marché à conclure.

Les offres doivent être proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent. Des variantes peuvent être présentées par les candidats lors de la conclusion des marchés dans la mesure où :

- soit l'accord-cadre a été passé selon une procédure formalisée et le pouvoir adjudicateur ouvre expressément cette possibilité dans les documents de la consultation,
- soit l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée et le pouvoir adjudicateur ne s'y est pas expressément opposé (art. 50).

Le contenu des offres doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres. Cette exigence n'implique pas que les offres soient remises sous pli cacheté, celles-ci pouvant être transmises par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de leur réception, y compris par voie électronique. Dans ce cas, il appartient à l'acheteur public de prévoir des modalités permettant de préserver cette confidentialité.

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en concurrence si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure formalisée. La négociation directe avec les co-titulaires n'est possible que si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée ou si l'acheteur public se trouve dans l'une des hypothèses définies à l'article 35 du code des marchés publics⁷.

7. Rép. min. n° 25591, JO Sénat 1^{er} mars 2007, p. 459.

4.3. L'attribution des marchés subséquents

4.3.1. Les marchés subséquents ne font pas l'objet de mesure de publicité.

L'attribution des marchés fondés sur un accord-cadre mono-attributaire n'est précédée d'aucune procédure particulière. Les conditions de concurrence n'existant plus, ils ne font l'objet d'aucune mesure de publicité ou de mise en concurrence.

Lorsque l'accord-cadre a été attribué à plusieurs opérateurs économiques, les marchés subséquents sont précédés d'une remise en concurrence entre les titulaires de l'accord-cadre. Les titulaires étant connus, il n'est pas nécessaire de procéder à des mesures de publicité.

4.3.2. Les marchés subséquents sont attribués sur la base de critères énoncés dans l'accord-cadre

Les critères d'attribution des marchés subséquents ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion de l'accord-cadre, même s'il peut y avoir une certaine complémentarité entre les critères d'attribution des marchés subséquents et ceux de l'accord-cadre. Ainsi, il est possible de baser l'attribution de l'accord-cadre exclusivement sur la base des critères « qualitatifs » et de baser la conclusion des marchés subséquents sur le critère unique du prix, à condition que ces modalités aient été précisées dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'informer les candidats à l'attribution d'un accord-cadre multi-attributaire sur les critères d'attribution des marchés subséquents et les conditions de leur mise en œuvre, dès l'engagement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats⁸.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait le choix de la pondération des critères, il peut exprimer le poids de chacun d'entre eux par une fourchette, qu'il peut éventuellement préciser lors de la passation de chacun des marchés subséquents. Toutefois, l'écart maximal de cette fourchette doit être approprié et ne peut, en tout état de cause, autoriser l'absence de prise en compte ultérieure de certains des critères annoncés⁹.

4.3.3. Les textes n'imposent pas que les marchés subséquents des collectivités territoriales soient soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres

A ce stade, l'intervention de la commission d'appel d'offres n'est, *a priori*, pas nécessaire, d'autant qu'elle s'est déjà prononcée sur l'attribution de l'accord-cadre. Toutefois, l'accord-cadre ne fixant pas tous les termes des marchés subséquents, ceux-ci peuvent contenir des éléments essentiels notamment concernant le prix. C'est pourquoi, la circulaire du ministre de l'intérieur du 30 mars 2007¹⁰ recommande de soumettre à l'avis de la CAO les marchés subséquents d'un montant supérieur aux seuils communautaires.

8. CE, 5 juillet 2013, UGAP, n° 368448,

9. *Ibidem*.

10. Circulaire NOR MCT/B/07/00041/C



4.3.4. Les attestations fiscales et sociales sont demandées au stade de l'attribution des accords-cadres mais également des marchés subséquents

Les candidats retenus à l'issue de la procédure d'attribution d'un accord-cadre doivent fournir les attestations et certificats prouvant la régularité de leur situation au regard de leurs obligations fiscales et sociales.

Les marchés subséquents interviennent ensuite lors de la survenance du besoin ou selon une périodicité prévue par l'accord-cadre. Les attestations et certificats prévus à l'article 46 prouvant que sont satisfaites les obligations fiscales et sociales doivent à nouveau être demandés par le pouvoir adjudicateur, sauf si les documents précédemment fournis demeurent valables.

4.3.5. Les marchés subséquents ne sont pas soumis au délai de suspension de la signature

En application du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics, les décisions de rejet des offres et d'attribution du marché subséquent doivent être notifiées aux titulaires de l'accord-cadre dès que le pouvoir adjudicateur a fait son choix.

Toutefois, le délai de 16 jours (11 jours en cas de notification par voie électronique) prévu à l'article 80 entre cette notification et la signature du marché ne s'impose pas aux marchés fondés sur un accord-cadre (art. 80-I-2° b).

L'acheteur public peut, s'il le souhaite, respecter volontairement ce délai afin de fermer la voie du référé contractuel (art. 80-I-3°, second alinéa, du CMP ; article L. 551-15 du code de justice administrative).

4.3.6. Les marchés subséquents ne font pas obligatoirement l'objet d'un avis d'attribution

En vertu de l'article 85 du code des marchés publics, les acheteurs publics sont dispensés de publier un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre.

Cependant, les pouvoirs adjudicateurs ont intérêt (sauf à avoir fermé la voie du référé) à aviser les candidats de la signature du contrat, en indiquant le nom du titulaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre, dans la mesure où cette formalité déclenche le délai de recours d'un mois du référé contractuel (art. 85-1 du CMP ; article R. 551-7 du code de justice administrative). A défaut, le marché pourra être contesté dans le cadre d'un référé contractuel jusqu'à six mois à compter du lendemain du jour de sa conclusion.

De même, une telle notification peut constituer une mesure de publicité appropriée permettant de déclencher le délai de deux mois du recours en contestation de validité du contrat à l'égard des titulaires évincés. Elle serait toutefois insuffisante à l'égard des autres tiers susceptibles d'être lésés dans leur intérêt, de façon suffisamment directe et certaine¹¹.

4.4. La durée des marchés subséquents

Les marchés fondés sur un accord-cadre ne peuvent être conclus que pendant la durée de validité de cet accord-cadre. Leur durée d'exécution « *est fixée conformément aux*

11. CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre » (art. 76-V), c'est-à-dire en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

L'exécution des marchés subséquents peut se poursuivre au-delà de la durée de validité de l'accord-cadre. Toutefois, elle ne doit pas se prolonger dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique. En d'autres termes, le recours aux marchés fondés sur l'accord-cadre ne doit pas pouvoir être regardé comme un moyen de prolonger abusivement l'accord-cadre lorsque le temps nécessaire pour la réalisation des prestations attendues n'est habituellement pas aussi long.

5. L'exécution des accords-cadres et des marchés subséquents

5.1. Résiliation

Un accord-cadre ou un marché subséquent peut être résilié dans les mêmes conditions qu'un marché « classique ».

Lorsqu'un accord-cadre est résilié, les marchés subséquents passés antérieurement sur la base de celui-ci peuvent continuer à être régulièrement exécutés. En revanche, il ne sera plus possible de passer d'autres marchés subséquents sur la base de l'accord-cadre résilié.

Lorsque l'accord-cadre est multi-attributaire, le pouvoir adjudicateur peut le résilier avec seulement l'un des titulaires. La résiliation de l'accord-cadre n'entraînant pas, sauf termes contraires contenus dans la décision, la résiliation automatique des marchés subséquents, l'exécution des marchés subséquents peut se poursuivre avec un titulaire pour lequel l'accord-cadre est résilié, au-delà de la date de résiliation.

En revanche, pour rompre toute relation contractuelle avec l'un des titulaires, le pouvoir adjudicateur doit résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents conclus sur son fondement avec ce titulaire. Plusieurs décisions de résiliation doivent donc être prises pour résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents en cours. Si le pouvoir adjudicateur ne résilie qu'un marché subséquent conclu avec l'un des titulaires, il ne pourra pas écarter ce titulaire de la remise en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents suivants.

5.2. Cession

L'accord-cadre est un système clos. Seules la ou les personnes attributaires de l'accord-cadre peuvent être remises en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents à cet accord-cadre.

Toutefois, il est possible que le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire ou l'un des titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire cède à un tiers les droits et les obligations qu'il détient en vertu de l'accord-cadre. Il peut également céder un marché subséquent en cours d'exécution à un tiers. Ces cessions sont possibles avec l'accord du pouvoir adjudicateur, sous réserve qu'elles ne soient pas assorties d'une remise en cause des éléments essentiels de l'accord-cadre ou du marché, tels que la durée, le prix ou la nature des prestations¹².

12. CE Section des finances, Avis 8 juin 2000, n° 364803 ; CE, Avis 1^{er} décembre 2009, n° 383264.



La cession de l'accord-cadre ou du marché subséquent se fait par un avenant de transfert, signé du pouvoir adjudicateur, du cédant et du cessionnaire. Le pouvoir adjudicateur peut refuser cette cession si le cessionnaire ne présente pas les garanties professionnelles et financières requises pour exécuter les prestations. Si le titulaire ne cède à un tiers qu'un marché subséquent en cours d'exécution, ce tiers ne pourra pas participer aux remises en concurrence suivantes. Il faut, pour cela, que lui soient cédés les marchés subséquents en cours, mais également l'accord-cadre.¹³

5.3. Sous-traitance

Conformément à l'article 1^{er} de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution [...] d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ». La sous-traitance d'un marché ne peut donc être totale.

Les marchés subséquents constituent des marchés publics à part entière. L'interdiction d'une sous-traitance totale des marchés publics s'applique donc à chaque marché subséquent d'un accord-cadre, que ce dernier soit mono-attributaire ou multi-attributaire. Le titulaire ne peut ainsi sous-traiter la totalité de l'exécution des prestations prévues dans un marché subséquent.

5.4. Entreprises en difficulté

5.4.1. Entreprise en redressement judiciaire

Lorsqu'une entreprise titulaire d'un accord-cadre ou d'un marché subséquent fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, la personne publique peut adresser une mise en demeure à l'administrateur qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du contrat en cours (article L.622-13 du code de commerce).

Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, écarter le titulaire d'un accord-cadre de la procédure de remise en concurrence ou procéder à la réalisation de manière unilatérale du marché subséquent au motif que ce dernier fait l'objet d'une mesure de redressement, sauf motif d'intérêt général caractérisé¹⁴.

5.4.2. Entreprise en liquidation judiciaire

La mise en liquidation judiciaire d'une entreprise a pour effet d'interrompre l'exercice de ses activités. Celle-ci n'est donc plus en mesure de remplir les obligations contractuelles qui découlent d'un contrat dont elle est titulaire.

Si le liquidateur confirme, après mise en demeure de la personne publique, que l'entreprise n'est plus en mesure d'exécuter les prestations ou en l'absence de réponse dans un délai d'un mois, l'acheteur public est fondé à écarter le titulaire en cause de la procédure de remise en concurrence et, le cas échéant, à prononcer la résiliation de plein droit du marché subséquent qui lui aurait été attribué, sans indemnisation du titulaire (article L.641-11-1 du code de commerce).

13. Rép. min. n° 32666, JOAN du 13 août 2013, p. 8758.

14. CE, 24 octobre 1990, *Régie immobilière de la Ville de Paris*, n°87327, 88242.

Si le liquidateur se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, écarter le candidat de la procédure de remise en concurrence, ni procéder à la résiliation des marchés subséquents.

5.5. Cession et nantissement de créances

5.5.1. Cession ou nantissement de créances résultant d'un accord-cadre mono-attributaire

Si l'accord-cadre mono-attributaire comporte un minimum, le pouvoir adjudicateur peut délivrer, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du montant minimum de l'accord-cadre, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque marché subséquent.

Si l'accord-cadre mono-attributaire ne comporte aucun minimum, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne peut être délivré que pour chacun des marchés subséquents, voire chaque bon de commande s'il s'agit de marchés à bons de commande. En l'absence de minimum, le montant des commandes ne peut être précisément déterminé à l'avance.

5.5.2. Cession ou nantissement de créances résultant d'un accord-cadre multi-attributaire

Si l'accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne peut être délivré que pour chacun des marchés subséquents, voire chaque bon de commande s'il s'agit de marchés à bons de commande. En cas de multi-attribution, le montant minimum des commandes qui doit revenir à chaque titulaire ne peut, en effet, pas être déterminé par avance.

6. Combinaison de l'accord-cadre avec d'autres outils du code : croisement de la mutualisation dans le temps et de la mutualisation dans l'espace

L'intérêt de recourir aux accords-cadres est renforcé quand leur utilisation est combinée avec d'autres outils du code, comme les marchés à bons de commande ou la mutualisation des achats.

6.1. Accord-cadre et marché à bons de commande

Les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles prévues à l'article 76 du code des marchés publics, c'est-à-dire, le cas échéant, après consultation du titulaire ou remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre. Ils sont ensuite exécutés conformément aux dispositions de l'article 77, c'est-à-dire par l'émission de bons de commande lors de la survenance du besoin. Toutefois, les bons de commande ne peuvent être émis que pendant la durée de validité du marché subséquent, auquel ils se rattachent. Un tel dispositif permet de conjuguer la souplesse propre à l'accord-cadre et la réactivité permise par le marché à bons de commande.



6.2. Accord-cadre et marché à tranches conditionnelles

Les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent être des marchés à tranches conditionnelles. Les dispositions relatives à l'accord-cadre (article 76 du code des marchés publics) et aux marchés à tranches conditionnelles (article 72 du même code) doivent alors être respectées.

L'accord-cadre à tranches conditionnelles ne pourra être attribué qu'à un seul titulaire. En effet, l'article 72 du code indique que : « *L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché.* ». Le titulaire est le même pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles et est engagé sur l'ensemble des tranches.

L'accord-cadre peut, aux termes de l'article 76 du CMP, être conclu sans montant minimum ni maximum. Toutefois, dans le cas d'un accord-cadre à tranches conditionnelles, la tranche ferme sera considérée comme un minimum sur lequel le pouvoir adjudicateur est engagé.

6.3. Accord-cadre et mutualisation des achats

La mutualisation des achats peut être organisée entre plusieurs acheteurs publics (groupement de commandes) ou, au sein d'un même pouvoir adjudicateur, entre des services disposant d'un budget propre (coordination des achats). Dans les deux cas, il est possible de recourir à la procédure de l'accord-cadre.

6.3.1. Le groupement de commandes

Le groupement de commandes obéit à des règles précises de constitution. Son périmètre ne peut évoluer à compter du moment où la procédure de passation de l'accord-cadre a été lancée. Une convention constitutive du groupement, signée par chacun de ses membres, doit préciser l'engagement de chacun d'entre eux à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement définis. En fonction de ce qui est prévu par la convention, l'accord-cadre lui-même pourra être signé par tous les membres du groupement ou par le coordinateur qui aura été désigné comme tel par la convention. Les marchés subséquents pourront n'être signés que par les membres du groupement, chacun pour ce qui le concerne, ou éventuellement par le coordonnateur du groupement, si la convention de groupement en a décidé ainsi.

6.3.2. La coordination des achats

La coordination des achats au sein d'un même pouvoir adjudicateur relève d'une logique différente puisque, juridiquement, c'est le pouvoir adjudicateur qui passe l'accord-cadre et qu'il n'y a pas nécessairement de convention. Il se peut cependant que ce soit les services concernés qui passent les marchés subséquents et que leur identification soit différente de celle du service qui a conclu l'accord-cadre. Pour des raisons de sécurité juridique, il est préférable de prévoir dès le début, la liste des entités qui seront susceptibles de passer des marchés sur la base de l'accord-cadre. Ces entités peuvent ne pas être désignées nommément et individuellement, mais elles doivent l'être de façon suffisamment précise pour qu'elles puissent être facilement identifiées. Ainsi, s'il n'est pas possible d'utiliser une formule aussi générale que « *les administrations établies dans une région* », en revanche, la référence à « *tels services déconcentrés de l'Etat dans tel département* » peut suffire. Dans ce cas, les services concernés sont liés par l'accord-cadre et ne peuvent satisfaire le besoin en cause en passant séparément des marchés en dehors de l'accord-cadre.

6.3.3. La notion de convention de prix

La notion de convention de prix, permettant à un service centralisateur de convenir des prix qui seront ensuite appliqués par l'entreprise aux différents services qui lui passeront commande sur la base d'un marché-type, a disparu formellement du code de 2006. Cependant sa technique peut tout à fait être reprise dans les accords-cadres. Ainsi un service central passera un accord-cadre avec un titulaire qui aura pour objet principal de définir le périmètre des besoins (identification des services concernés par les achats) et le prix des prestations qui seront ensuite commandées par des services déconcentrés à ce même titulaire sur la base d'un marché type. La seule contrainte est que tous les services susceptibles de passer un marché subséquent doivent être identifiés dès l'origine. L'identification des acheteurs ne signifie pas que tous doivent nécessairement avoir signé l'accord-cadre, mais qu'ils doivent au minimum y être mentionnés comme bénéficiant de cet accord.



FICHE 9

Les marchés à tranches conditionnelles

Avant le code des marchés publics de 2006, les marchés à tranches conditionnelles faisaient partie, avec les marchés à bons de commande, de la catégorie des « marchés fractionnés »¹.

Même si le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics du 26 septembre 2014² utilise encore la notion de marché fractionné, les marchés à tranches conditionnelles constituent une catégorie spécifique de marchés publics, prévue à l'article 72 du code des marchés publics.

I. Qu'est-ce qu'un marché à tranches conditionnelles ?

I.1. Définition

Les marchés à tranches conditionnelles sont définis à l'article 72 du code des marchés publics comme le marché comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles, dont la consistance, le prix et les modalités d'exécution sont définis en amont par le pouvoir adjudicateur. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Le pouvoir adjudicateur est engagé sur la tranche ferme du marché. En revanche, il n'est pas engagé sur les tranches conditionnelles et peut décider de ne pas les affermir³. Le titulaire du marché est, quant à lui, engagé sur la totalité des tranches, y compris les tranches conditionnelles dès lors qu'elles sont affermies.

Les marchés à tranches conditionnelles permettent aux acheteurs publics de réaliser un programme subdivisé en différentes étapes, qu'ils peuvent décider d'interrompre.

I.2. Distinction avec les marchés à bons de commande

Les marchés à tranches conditionnelles et les marchés à bons de commande (article 77 du code) sont caractérisés par une incertitude sur la réalisation des prestations prévues au marché. Cette incertitude peut porter sur les conditions économiques, techniques ou financières qui ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de s'engager en une seule fois et définitivement sur l'ensemble des prestations à exécuter. Cependant, les marchés à tranches conditionnelles se distinguent des marchés à bons de commande pour plusieurs raisons.

Dans un marché à bons de commande, l'étendue et le rythme du besoin à satisfaire ne sont pas toujours déterminés lors de la passation du marché, c'est pourquoi il peut être

1. Code de 2001, article 72 ; code de 2004, articles 71 et 72.

2. Voir le point 7.2. de ce guide : « Les marchés fractionnés et la planification des marchés dans le temps ».

3. CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet Entreprise*, n° 53636.

conclu sans prévoir de montant minimum et/ou maximum (article 77-I du code). A l'inverse, dans un marché à tranches conditionnelles, l'étendue du besoin à satisfaire est connue dès la passation du marché. L'incertitude qui caractérise les marchés à tranches conditionnelles ne porte pas sur le besoin à satisfaire mais sur sa mise en œuvre, c'est-à-dire sur la possibilité de réaliser ou non les prestations des tranches conditionnelles.

Dans un marché à bons de commande, le pouvoir adjudicateur, dès lors qu'il a prévu un montant minimum, est engagé sur ce montant. Dans un marché à tranches conditionnelles, le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme. Il dispose ensuite de la possibilité d'affermir ou non les tranches conditionnelles qu'il a prévues.

Enfin, la multi-attribution doit être écartée dans un marché à tranches conditionnelles⁴. Le titulaire du marché peut cependant être un groupement.

2. Quand recourir au marché à tranches conditionnelles ?

La passation de ce type de marché est recommandée pour la réalisation de prestations que le pouvoir adjudicateur est capable de définir en amont mais auxquelles il n'est pas certain de faire appel, pour des motifs techniques, financiers, liés à la disparition du besoin ou encore au résultat de l'exécution de la tranche précédente. Le marché à tranches conditionnelles permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme dont l'entière exécution n'est pas certaine, tout en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'ensemble de l'opération.

La conclusion d'un marché à tranches conditionnelles est particulièrement adaptée à la réalisation d'opérations de grande ampleur pour lesquelles la disponibilité des crédits nécessaires n'est pas assurée ou pour lesquelles le financement sera étalé dans le temps. Il peut être conclu tant pour des opérations de travaux que pour des prestations de services ou des fournitures.

3. Que doit contenir un marché à tranches conditionnelles ?

Les pièces constitutives du marché à tranches conditionnelles doivent apporter les mêmes précisions que dans le cas d'un marché classique. Ces précisions sont énumérées à l'article 12 du code : l'identification des parties contractantes, la justification de la qualité de la personne signataire du marché, la définition de l'objet du marché, etc. En outre, conformément au 13° du I de l'article 12, « *les éléments propres aux marchés à tranches conditionnelles* » doivent être énoncés. Le marché doit notamment définir la consistance, le prix ou ses modalités de détermination, les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche et les conditions d'affermissement des tranches conditionnelles.

4. L'article 72 du code indique que « *l'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché* ». De plus, la multi-attribution ne peut se conjuguer avec toute possibilité d'indemnité d'attente ou de dédit.



3.1. Objet du marché

3.1.1. Consistance des tranches

La nature, l'étendue, le prix et les modalités d'exécution des prestations demandées doivent être explicitement prévus par le pouvoir adjudicateur (article 72 du code). Cette obligation s'impose pour la tranche ferme mais aussi pour la ou les tranches conditionnelles, l'incertitude ne portant pas sur le contenu mais uniquement sur la mise en œuvre d'une partie du marché.

Si le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme et peut décider de ne pas affermir les tranches conditionnelles, il doit les faire figurer dans les documents de la consultation et en donner une définition précise. A ce titre, le défaut de définition avec suffisamment de précision des exigences relatives au contenu de la prestation, objet de la tranche conditionnelle, justifie l'annulation de la procédure pour manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence⁵.

La décision d'affermissement d'une tranche ne peut apporter d'éléments nouveaux venant modifier le marché initial. Seul un avenant conclu dans les conditions de l'article 20 du code est susceptible d'être utilisé pour ce faire.

3.1.2. Ensemble cohérent

Dans un marché à tranches conditionnelles, le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme. Il n'est pas dans l'obligation d'affermir les tranches conditionnelles qu'il a prévues dans le marché. C'est pourquoi chacune des tranches doit former un ensemble cohérent, sur le plan fonctionnel et économique, de nature à être mis en œuvre de façon autonome et sans que l'affermissement d'autres tranches ne soit rendu obligatoire pour son exécution. Si chaque tranche peut être réalisée indépendamment de l'affermissement des autres, chaque tranche conditionnelle participe d'un ensemble cohérent compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

Par exemple, l'approvisionnement en matériaux ne peut pas constituer une tranche conditionnelle dans un marché de travaux dans la mesure où la réalisation des autres tranches conditionnelles (construction) dépend de sa mise en œuvre.

3.2. Prix des prestations

Les marchés à tranches conditionnelles sont soumis à la réglementation générale sur les prix⁶, qui exige que les documents contractuels fixent un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable. Le prix des prestations de chaque tranche est déterminé dans le marché. Il est toutefois possible de prévoir des prix provisoires pour les tranches conditionnelles sous réserve que les conditions de l'article 19-I-3° du code⁷ soient remplies.

Lorsqu'un marché à tranches est conclu à prix ferme, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions définies par les troisième à sixième alinéas du III de l'article 18. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche. L'objectif est

5. CE, 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, n° 307143

6. Pour plus d'informations sur les prix, voir le guide « Le prix dans les marchés publics »

7. « Il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants : Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini à l'article 72, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ».

d'ajuster le prix lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'est écoulé entre le moment où le candidat a fixé son prix et la date de début d'exécution des prestations.

Attention : La décision d'affermissement d'une tranche ne doit pas être l'occasion de modifier le prix initialement fixé.

3.3. Durée du marché

Les marchés à tranches conditionnelles, contrairement aux marchés à bons de commandes ou aux accords-cadres⁸, ne sont pas encadrés par un délai maximum de validité. En revanche, il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer dans le marché une durée d'exécution des prestations de chaque tranche. Le pouvoir adjudicateur peut également prévoir des délais d'affermissement des tranches. Cela permet de donner aux candidats une visibilité sur la durée prévisionnelle du marché. Le pouvoir adjudicateur peut également prévoir une durée de validité du marché afin de lui fixer un terme.

4. Comment passer un marché à tranches conditionnelles ?

4.1. Calcul des seuils de publicité et de procédure

Pour la détermination des seuils de procédure et de publicité, l'ensemble des tranches doit être pris en considération, en additionnant les montants estimés de chacune d'elles.

Cette règle d'évaluation du montant estimé du besoin vise à respecter le principe de transparence des procédures défini à l'article 1^{er} du code. En outre, elle permet aux candidats d'avoir une visibilité sur l'ensemble des prestations qui pourront être demandées et de s'engager en connaissance de cause.

La procédure de passation d'un marché à tranches conditionnelles est déterminée en fonction de son montant, au regard des seuils prévus à l'article 26 du code. La publicité est déterminée en fonction des seuils définis à l'article 40 du code.

4.2. Comment remplir l'avis de publicité pour un marché à tranches conditionnelles ?

Au sens du droit de l'Union européenne, les marchés à tranches conditionnelles sont des marchés publics « classiques » et non des accords-cadres.

L'avis doit comporter la mention selon laquelle il s'agit d'un marché à tranches conditionnelles.

Attention :

- La rubrique « quantité ou étendue globale » doit être renseignée en mentionnant explicitement les tranches ferme et conditionnelle(s).
- La rubrique « option » du formulaire européen doit préciser le recours à une ou plusieurs tranches conditionnelles et rappeler que le pouvoir adjudicateur est libre de les

8. Les articles 76 et 77 du code applicables aux accords-cadres et aux marchés à bons de commande fixent une durée maximale de validité de quatre ans.



affermer ou non en cours d'exécution du marché. La rubrique peut, de plus, renvoyer à l'article 72 du code⁹.

- Les tranches conditionnelles ne sont pas des lots. Un marché à tranches conditionnelles ne peut pas comporter une tranche ferme « lot 1 » et une tranche conditionnelle « lot 2 ». Chaque lot est considéré comme un marché à part entière alors que les tranches font partie d'un seul et unique marché. Un marché à tranches conditionnelles peut être alloti, conformément à l'article 10 du code, il comportera alors plusieurs lots, eux-mêmes divisés en tranches, fermes et conditionnelles.

4.3. Comment analyser les offres ?

Les candidats à l'attribution d'un marché à tranches conditionnelles doivent présenter une offre portant sur la totalité des tranches, y compris les tranches conditionnelles. En effet, leur engagement porte sur l'ensemble des tranches. A ce titre, l'offre d'un candidat ne portant que sur la tranche ferme doit être regardée comme irrégulière¹⁰, conformément à l'article 35-I-1° du code.

Pour apprécier les offres et déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur doit tenir compte de l'ensemble des tranches. Il n'est pas possible d'abandonner une tranche conditionnelle au stade de l'analyse des offres, car cela remettrait en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

5. Exécution du marché à tranches conditionnelles

5.1. Exécution de la tranche ferme

Le pouvoir adjudicateur est engagé sur la tranche ferme du marché. Il doit donc veiller à ce que celle-ci puisse être exécutée (crédits suffisants, etc...). L'exécution de la tranche ferme suit les prescriptions définies dans les documents du marché.

5.2. Exécution des tranches conditionnelles

5.2.1. Décision unilatérale d'affermissement des tranches conditionnelles

Comme le précise l'article 72 du code, « l'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché ». Le pouvoir adjudicateur n'est pas dans l'obligation d'affermir la ou les tranche(s) conditionnelle(s). Il peut y renoncer pour des motifs financiers, techniques ou en raison de la disparition du besoin ou d'une mauvaise exécution de la tranche précédente¹¹. Si le pouvoir adjudicateur décide d'affermir une tranche, cette décision doit être notifiée au titulaire, qui devra alors exécuter la tranche dans les conditions prévues par les documents du marché.

9. Voir la fiche technique « Comment utiliser les formulaires européens ».

10. CE, 9 mai 2008, *Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du Ministère de la justice*, n° 308911.

11. CAA Bordeaux, 22 mars 1999, *SARL Cie moderne de construction, SARL Charpentes Claparède-Bianzina*, n° 95BX00899.

La décision d'affermissement est une décision expresse et unilatérale prise par le pouvoir adjudicateur. Elle peut prendre, dans les marchés de travaux, la forme d'un ordre de service. L'affermissement doit porter sur la totalité de la tranche concernée.

Attention : La décision d'affermissement, décision unilatérale du pouvoir adjudicateur, n'a pas à être opérée par voie d'avenant. En outre, la décision d'affermissement ne peut pas avoir pour effet de modifier le contenu de la prestation demandée.

En cas de non affermissement, le titulaire du marché est désengagé en ce qui concerne l'exécution de la tranche. En outre, les tranches non affermies pourront, le cas échéant, être exécutées par un autre opérateur économique dans le cadre d'un autre marché¹². Néanmoins en matière de maîtrise d'œuvre, pour les opérations de bâtiment relevant de la loi MOP, la mission de base doit faire l'objet d'un contrat unique. Dès lors, l'ensemble des tranches du marché qui seront exécutées le seront par le titulaire du contrat, sauf exception prévue par l'article 17 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé¹³.

5.2.2. Délai d'affermissement des tranches conditionnelles

Il est recommandé de prévoir, dans le marché, un délai raisonnable d'affermissement pour chacune ou pour l'ensemble des tranches conditionnelles afin de ne pas porter tort aux entreprises qui immobilisent leurs moyens pour répondre à l'exécution de ces tranches. En outre, fixer un délai raisonnable d'affermissement évite que les candidats ne repercutent sur leur prix l'anticipation des coûts d'immobilisation à supporter.

Si le marché prévoit un délai d'affermissement des tranches conditionnelles, le pouvoir adjudicateur doit s'y conformer. Une fois le délai d'affermissement dépassé, le titulaire est désengagé en ce qui concerne l'exécution de la tranche concernée.

En l'absence de tels délais mentionnés au marché, le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter la possibilité d'affermir les tranches conditionnelles à une durée de validité du marché qu'il aura fixée. Ainsi, le titulaire est engagé pour l'ensemble des tranches du marché et ses obligations envers l'acheteur public ne cessent qu'au terme du délai de validité du marché. Une tranche conditionnelle non assortie d'un délai spécifique d'affermissement peut être affermie à tout moment pendant la durée de validité du marché sans que le titulaire ne puisse valablement s'y opposer. Sauf volonté contraire du pouvoir adjudicateur, la durée de validité du marché ne doit pas pouvoir être regardée comme interdisant ou restreignant l'exécution des prestations au-delà de son terme.

5.2.3. Indemnisation du titulaire en cas de non affermissement ou d'affermissement avec retard

Le marché peut prévoir que, lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire bénéficie d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit. Il s'agit d'une simple faculté pour le pouvoir adjudicateur¹⁴. Toutefois, les indemni-

12. CAA Bordeaux, 15 janvier 1996, *Société routière du Languedoc*, n° 94BX00533

13. Dans ce cas, la possibilité de confier à un autre prestataire la suite de la mission n'est possible que dans les conditions définies par cet article : « *Lorsqu'en cas de défaillance d'un maître d'œuvre, titulaire d'une mission de base, le maître de l'ouvrage confie une mission partielle à un autre maître d'œuvre afin de poursuivre l'opération, l'ensemble des éléments de mission, ceux effectués par le titulaire du premier contrat et ceux confiés au nouveau maître d'œuvre, doit respecter le contenu de la mission de base* ».

14. Aucune indemnité n'est due si le marché ne le prévoit pas : CAA Marseille, 23 mai 2011, *Société groupe industriel services*, n° 09MA00635 et CAA Nantes, 6 juillet 2012, *Société Tomasi*, n° 10NT01653.



tés d'attente permettent aux entreprises de proposer des prix plus attractifs. A ce titre, le versement d'une indemnité d'attente ou de dédit peut être utile notamment dans les marchés de travaux pour compenser les coûts fixes supportés par le titulaire liés au déploiement du chantier et à l'immobilisation des moyens nécessaires à l'exécution des travaux. La fixation de cette indemnité doit alors tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché. Les règles applicables, les conditions de versement de cette indemnité, son montant ou ses modalités de calcul doivent être prévus par le marché.

6. Peut-on combiner un marché à tranches conditionnelles et un marché à bons de commande ?

L'utilisation conjointe d'un marché à tranches conditionnelles et d'un marché à bons de commande est possible à condition de respecter conjointement les dispositions de l'article 72 relatif aux marchés à tranches conditionnelles et de l'article 77 relatif aux marchés à bons de commande, et à condition que la conclusion d'un marché global soit possible au regard des dispositions de l'article 10 relatives à l'allotissement¹⁵.

Ainsi, en application de l'article 72 du code, le marché à tranches conditionnelles et à bons de commande ne pourra être conclu qu'avec un seul titulaire¹⁶.

En outre, lorsqu'une tranche regroupe à la fois des prestations à bons de commande et d'autres prestations, ces deux types de prestations doivent être clairement distingués.

De plus, les stipulations relatives aux prestations à bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article 77 du code limitant, en principe, à quatre ans la durée pendant laquelle il est possible d'émettre des bons de commande¹⁷. Le projet d'achat ayant justifié la structure particulière du marché à tranches conditionnelles pourrait, dans certaines hypothèses, autoriser un dépassement de cette durée. Une telle dérogation au regard des caractéristiques propres au marché à bons de commande ne peut relever que d'une appréciation au cas par cas du fait de la variété des hypothèses dans lesquelles il peut être recouru à l'une ou l'autre des formes de marché. En tout état de cause, le montage contractuel retenu ne doit pas constituer une manœuvre destinée à contourner la limitation à quatre ans de la durée pendant laquelle il est possible d'émettre des bons de commande¹⁸.

Chacune des tranches, ferme et conditionnelles, pourra comporter une ou plusieurs prestations à bons de commande. Si le pouvoir adjudicateur affermit la ou les tranche(s) conditionnelle(s), il pourra émettre des bons de commande correspondant à cette ou ces tranche(s). En revanche, si le pouvoir adjudicateur n'affermite pas les tranches conditionnelles, il ne pourra émettre de bons de commande qui s'y rapportent.

15. CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest de Versailles (SMAROV)*, n° 340212 ; CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n°s 364551 et 364603.

16. Cf. point 1.2 de la présente fiche.

17. L'article 77 du code indique que « 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 ».

18. Voir le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 7.2.1 et la fiche technique « Les marchés à bons de commande ».

7. Résiliation d'un marché à tranches conditionnelles

Un marché à tranches conditionnelles peut être résilié par le pouvoir adjudicateur dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que pour tout autre marché public¹⁹. Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché en raison d'une faute commise par le titulaire mais aussi pour un motif d'intérêt général. Dans ce deuxième cas, le titulaire a droit à l'indemnisation du préjudice qui découle de l'inexécution d'une partie du marché.

Dans le cadre d'un marché à tranches conditionnelles, seule la tranche ferme à laquelle il est mis fin de façon anticipée ouvre droit à indemnisation.

Les tranches conditionnelles ne peuvent ouvrir droit à indemnisation du titulaire que si la résiliation intervient après la décision d'affermissement prise par le pouvoir adjudicateur. Le titulaire a alors droit à l'indemnisation du préjudice qui découle de l'inexécution de cette tranche.

En revanche, si la résiliation intervient avant la décision d'affermissement de la tranche, celle-ci est considérée comme étant abandonnée, au même titre que si le pouvoir adjudicateur avait décidé de ne pas l'affermir. Dans ce cas, le titulaire ne peut prétendre à aucune indemnisation car, en l'absence d'un droit à affermissement, son préjudice est purement éventuel²⁰. Toutefois, si le marché prévoit qu'une indemnité de dédit est versée au titulaire, celui-ci peut y prétendre.

19. Voir la fiche technique « La résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration ».

20. CAA Bordeaux, 12 juin 2007, *J. Ferrando et autres*, n° 04BX01965-06BX01366 : même si la résiliation du marché est intervenue irrégulièrement, le titulaire ne peut prétendre à aucune indemnisation au titre de l'abandon de la tranche conditionnelle.



FICHE 10

Le partenariat d'innovation

Le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics a introduit le partenariat d'innovation, issu de nouvelles directives européennes, dans le code des marchés publics¹ et dans les décrets d'application² de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

En instaurant le partenariat d'innovation, le décret a pour objectif de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. L'acquisition de solutions innovantes joue en effet un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux enjeux de société.

Le partenariat d'innovation est un nouveau type de marché public créé par les nouvelles directives. Il vise à pallier les difficultés structurelles des actuels marchés de recherche et de développement (R&D) qui imposent une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat.

- Dans le cadre des achats publics avant commercialisation (APAC) et des marchés de R&D, l'acheteur public, après avoir défini son besoin de R&D, sélectionne plusieurs entreprises pour des études de faisabilité. Il rémunère les entreprises sélectionnées pour leurs travaux de R&D – et non pas au résultat. En fonction des résultats, l'acheteur commande un prototype aux entreprises de la phase 1 qu'il a retenues. Dans une troisième phase, retenant au moins deux entreprises de la phase 2, il commande une série test. Si l'acheteur public souhaite acheter le produit commercialisé, il doit procéder à une nouvelle mise en concurrence, ouverte à toutes les entreprises.

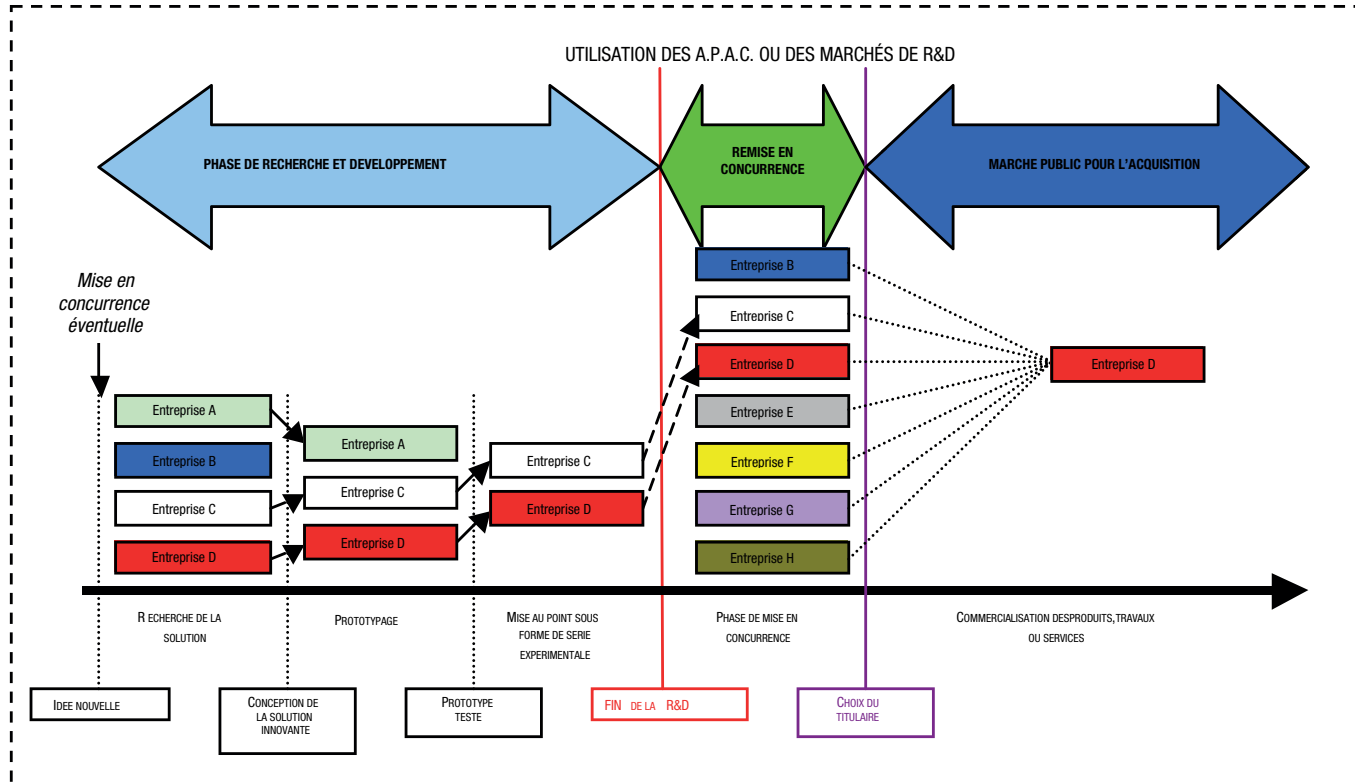
Dans le schéma présenté page suivante, les opérateurs économiques sont réticents à participer aux APAC dans la mesure où ils n'ont aucune assurance, au terme de la R&D, de se voir attribuer le marché d'acquisition de la solution. Tous les opérateurs économiques doivent être remis en concurrence, à l'issue de la phase de R&D, même si le résultat de cette phase correspond en tout point aux besoins de l'acheteur public.

En outre, l'acheteur doit se garder de révéler, à cette occasion, des solutions techniques issues de la R&D dont la propriété appartiendrait au titulaire de l'APAC ou du marché de R&D. En résulte, dans le meilleur des cas, des définitions du besoin qui ne permettent pas de donner tout leur poids aux éléments « qualité » et « caractère innovant » au sein du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ces difficultés expliquent en grande partie le peu de succès des APAC et des marchés de R&D.

1. Art. 70-1 à 70-3 pour les pouvoirs adjudicateurs ; Art. 142 et 168-3 pour les entités adjudicatrices ; Art. 249-1 et 249-2 pour les marchés de défense ou de sécurité.

2. Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.



- Le partenariat d'innovation vise à pallier ces difficultés en permettant aux acheteurs publics de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la R&D et l'achat des produits, services ou travaux innovants sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

Ainsi les partenariats d'innovation sont des marchés publics qui ont pour objet la R&D ainsi que l'acquisition de la solution innovante qui en résulte. Sont innovants les fournitures, services ou travaux nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

Ces éléments permettent de cerner les différences entre le partenariat d'innovation et la procédure du dialogue compétitif :

– lorsqu'il utilise le dialogue compétitif, un acheteur public sait qu'il existe des solutions sur le marché qui sont susceptibles de répondre à ses besoins, mais il est incapable de les identifier seul ;

– lorsqu'il décide de passer un partenariat d'innovation, l'acheteur public a procédé à une étude précise du marché et a la certitude que son besoin ne peut être satisfait par une solution disponible sur le marché.

Avec ce nouveau type de marché public, le défaut structurel des APAC et des marchés de R&D disparaît : l'acquisition des solutions innovantes peut se faire sans remise en concurrence. La prise de risques de l'opérateur économique est réduite à la question de l'atteinte des objectifs dans la phase de R&D, tels que définis en commun avec l'acheteur public de manière négociée, lors de la mise en concurrence.

I. Procédure de passation d'un partenariat d'innovation

La procédure de passation du partenariat d'innovation a été encadrée d'une manière souple pour garantir son adaptation aux spécificités des activités de R&D.

Parce que l'émulation entre partenaires peut être bénéfique, l'acheteur public peut, s'il le souhaite, passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

La procédure utilisable est la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, sous réserve des aménagements imposés par les dispositions relatives au partenariat d'innovation :

- Les réductions des délais de procédure du fait de l'urgence ne sont pas applicables. Le temps nécessaire à la R&D ne permet pas, en effet, que les partenariats d'innovation puissent concrètement répondre à des situations d'urgence.
- La sélection des candidatures doit s'opérer sur la base de critères qui permettent d'apprécier la capacité des candidats dans le domaine de la R&D ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes. Compte tenu des crédits nécessaires aux activités de R&D et du partenariat à long terme qu'il instaure, l'acheteur public doit prendre toutes les garanties pour s'assurer de la réussite du partenariat.
- La procédure de passation est encadrée pour garantir la transparence et l'égalité de traitement des candidats :

- les négociations peuvent porter sur tous les aspects des offres, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution ;
 - lorsque les négociations se déroulent en phases successives, l'acheteur public doit informer, à l'issue de chaque phase, tous les candidats dont l'offre n'a pas été éliminée de tous les changements apportés aux documents de la consultation ;
 - l'acheteur public doit alors accorder aux candidats un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.
- Pour tenir compte des incertitudes inhérentes aux activités de R&D, l'acheteur public peut utiliser des critères d'attribution formulés sous forme de fourchette, comme l'autorisent déjà les textes actuels.
 - A l'issue de chaque phase de négociation, l'acheteur public doit porter à la connaissance des candidats dont l'offre n'a pas été éliminée, les modifications qui ont été apportées aux documents de la consultation. A la fin des négociations, il invite les candidats à remettre une offre finale dans un délai suffisant. Cette offre finale ne pourra plus être négociée.
 - Enfin, l'obligation de confidentialité des informations et solutions proposées par les différents candidats est renforcée. L'acheteur public ne pourra communiquer ces informations et solutions à d'autres candidats qu'à la condition d'avoir obtenu l'accord exprès de l'entreprise concernée sur les différents éléments dont il envisage la communication. Cet accord ne peut donc pas prendre la forme d'une renonciation générale à élever des objections à une telle communication.

2. L'exécution d'un partenariat d'innovation

La Commission européenne et le Parlement européen ainsi que les opérateurs économiques ont souligné l'importance de la structuration du partenariat d'innovation. Aussi, de nombreux garde-fous ont été introduits :

- La structure du partenariat d'innovation, et notamment la durée et la valeur de ses différentes phases, doit tenir compte du degré d'innovation de la solution proposée et du déroulement des activités de R&D requises pour le développement d'une solution innovante non encore disponible sur le marché. Il convient en effet de s'assurer que ce nouveau dispositif ne sera pas détourné de son objectif. Cette règle assure que le partenariat d'innovation ne sera pas utilisé pour échapper aux règles normales d'utilisation des autres procédures. Ainsi, un partenariat d'innovation qui nécessiterait une phase de R&D très courte et peu coûteuse ne peut prévoir, au titre de l'option d'achat, une acquisition pour un prix très élevé ou pour des quantités très importantes, même sur une durée réduite.
- Pour tenir compte des risques inhérents à la R&D, il est nécessaire d'introduire de la souplesse dans l'exécution du contrat. Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le ou les partenaires doivent atteindre. Sur la base de ces objectifs, à l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut décider de :
 - soit de poursuivre l'exécution du partenariat, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les caractéristiques essentielles du partenariat d'innovation ne peuvent être modifiées à cette occasion ;

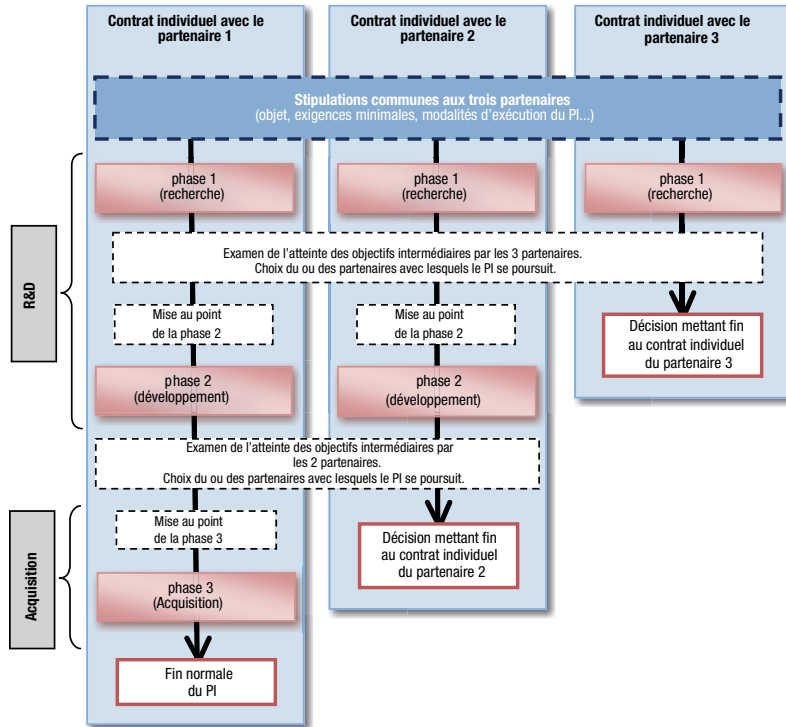


– soit de mettre un terme au partenariat ou, dans le cas d'un partenariat d'innovation conclu avec plusieurs partenaires, de réduire le nombre de partenaires.

- Le partenariat d'innovation doit préciser les conditions et les conséquences juridiques de la mise en œuvre de ces possibilités ainsi que la répartition des droits de propriété intellectuelle. Les critères permettant de sélectionner les partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat doivent également figurer dans le contrat.
- Comme au stade des négociations, il est nécessaire de garantir l'égalité de traitement des entreprises et le respect du secret industriel et commercial, particulièrement si l'acheteur public a décidé de passer un partenariat d'innovation avec plusieurs opérateurs économiques. L'acheteur public ne peut révéler les solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un partenaire sans l'accord de celui-ci. Cet accord est sollicité au cas par cas, en indiquant précisément les informations dont la communication est envisagée.

L'acquisition des solutions innovantes issues de la R&D n'est qu'une faculté pour l'acheteur public. Il peut ainsi prévoir dans le contrat, par exemple, que si, pendant l'exécution du partenariat d'innovation, une solution nouvelle susceptible de répondre à ses besoins apparaît sur le marché, moins chère ou de meilleure qualité, il ne passera pas à la phase d'acquisition. En tout état de cause, la phase d'acquisition ne peut être mise en œuvre que si le résultat correspond aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre l'acheteur public et le partenaire. Si plusieurs partenaires arrivaient à des solutions qui répondent toutes à ces niveaux convenus, le partenariat d'innovation peut prévoir que l'acheteur répartira entre eux ses commandes de manière égale. Il peut aussi prévoir que le partenaire avec lequel la phase d'acquisition sera mise en œuvre sera désigné sur la base des critères d'attribution qui ont été utilisés pour attribuer le partenariat. Si le poids des différents critères d'attribution a été fixé sous la forme d'une fourchette, le partenariat peut prévoir une mise au point avec les différents partenaires restants pour déterminer la pondération précise de ces critères. Et rien n'interdit alors de prévoir, par exemple, que le partenaire dont la solution est classée comme étant économiquement la plus avantageuse recevra une commande de 100 exemplaires et celui classé second de 50...

Présentation schématique de l'exécution d'un partenariat d'innovation conclu avec 3 partenaires



FICHE **1 1**

Remise d'échantillons par les candidats à un marché public

I. Cas général des remises d'échantillons.

I.1. La remise d'échantillons au stade de la candidature.

Au stade de la candidature, l'acheteur public peut demander la remise d'échantillons pour évaluer la capacité technique des entreprises. Cette demande doit être justifiée par l'objet du marché et est limitée aux seules fournitures¹.

L'article 1^{er} de l'arrêté d'application de l'article 45 du code des marchés publics² mentionne les « *échantillons, descriptions et/ou photographies des fournitures* » parmi les documents pouvant être demandés aux opérateurs économiques à l'appui de leurs candidatures, dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats.

I.2. La remise d'échantillons au stade de l'offre.

L'article 49 du code des marchés publics dispose que « *Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché (...).* ».

Compte tenu des spécificités de certaines consultations et afin de permettre à l'acheteur public de juger la valeur technique des offres remises, l'article 49 autorise le pouvoir adjudicateur à exiger des candidats la production d'échantillons, de maquettes ou de prototypes à l'appui de leurs offres.

Cette demande ne doit en aucun cas constituer un début d'exécution des prestations du marché³. Comme au stade des candidatures, la demande de remise d'échantillons doit être justifiée par l'objet du marché.

I.3. Les modalités de remise et d'examen des échantillons.

Qu'elle soit formulée au stade de la candidature ou de l'offre, la demande de remise d'échantillons doit être indiquée dans l'avis de publicité. Les modalités de remise de ces prestations, ainsi que les conditions de leur restitution ou de leur garde, sont précisées dans le règlement de la consultation.

Les échantillons que doivent envoyer les candidats sont des éléments intrinsèques de l'offre. Par conséquent, la date limite de remise des offres fixée dans l'avis de publicité s'applique également à la remise des échantillons.

1. Cf. article 48, 2, j de la directive 2004/18/CE : « *en ce qui concerne les produits à fournir : i) des échantillons, descriptions et/ou photographies dont l'authenticité doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur* » ; repris à l'identique dans l'annexe XII, partie II, k) i) de la directive 2014/24/UE.

2. Article 1^{er} de l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

3. CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP*, n° 297711.



La demande d'échantillons formulée par l'acheteur public n'empêche en aucun cas la réponse à la consultation par voie dématérialisée. Si, conformément à l'article 56 du CMP, la candidature et l'offre doivent en principe faire l'objet d'un mode de transmission identique, dans le cas où l'acheteur exige la remise d'échantillons matériels, l'acheteur public doit accepter une transmission de ces échantillons par une autre voie.

L'acheteur public doit également veiller à informer les candidats dès l'avis de publicité s'il entend utiliser l'évaluation des échantillons comme un sous-critère de l'appréciation de la valeur technique des offres (révélant un critère distinct de celui de la valeur technique), et non comme une simple méthode de notation des offres⁴.

I.4. L'obligation de versement d'une prime en cas d'investissement significatif.

Lorsque les demandes d'échantillons, de maquettes ou de prototypes nécessitent un investissement significatif des candidats, elles doivent donner lieu au versement d'une prime⁵.

A contrario, l'acheteur peut demander, dans le cadre d'un marché portant sur des prestations juridiques, sur le fondement de l'article 49, que l'offre soit accompagnée, sans contrepartie financière, d'un avis juridique en rapport avec l'objet et l'importance du marché lorsque cette prestation ne représente pas un investissement significatif⁶.

L'investissement peut être considéré comme significatif lorsque les charges provoquées par la présentation d'échantillons, de maquettes ou de prototypes sont sensiblement plus élevées que celles généralement supportées par les candidats aux marchés publics pour lesquels aucune précision du contenu de l'offre n'est demandée et que cette différence, si elle n'était compensée par le versement d'une prime, aurait pour effet de dissuader les candidats potentiels de participer à la consultation. Il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer le niveau de la prime, en fonction du montant du marché et de l'investissement supporté par les candidats dans l'élaboration de leur offre afin d'assurer une juste compensation financière du coût des échantillons fournis.⁷

Le montant de la prime n'a pas à équivaloir, à l'euro près, le coût exposé par le candidat mais représente une atténuation du risque financier qu'il a pris. Elle est versée après remise et analyse des offres selon des modalités précisées par les documents de la consultation.

Le pouvoir adjudicateur doit évaluer un niveau de prime suffisant qui permette de garantir le respect des principes de la commande publique, et notamment ceux de la libre concurrence et de l'égalité de traitement des candidats. Seule une rémunération sérieuse des partenaires économiques garantit une véritable mise en concurrence.⁸

L'absence de versement de primes pourrait avoir pour effet de restreindre l'accès aux marchés aux seuls candidats capables de supporter financièrement leur élaboration sans contrepartie. La prime permet à des petites structures d'accéder à la commande publique par la réduction des charges nécessaires à la réalisation d'une esquisse ou d'un projet. Elle est un des éléments garantissant l'efficacité de la commande publique par la préservation d'un marché concurrentiel.

4. CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, n° 339406.

5. Cf. art 49 du CMP « Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime ».

6. CAA Versailles, 2 févr. 2012, *Cabinet Bruno Kern Avocats SELAS*, n° 09VE01405.

7. Réponse ministérielle n° 85717 du 12 octobre 2010, JOAN p. 11184.

8. Réponse ministérielle n° 102865 du 3 octobre 2006, JOAN p. 10351 ; Réponse ministérielle n° 30427 du 10 septembre 2013, JOAN p. 9469.





Ce dispositif d'indemnisation des candidats non retenus est également ouvert aux artistes présélectionnés dans le cadre d'une procédure engagée pour une commande de réalisations artistiques⁹.

2. Cas particulier des maquettes remises lors des concours de maîtrise d'œuvre

Dans le cadre de la procédure de concours, le jury se prononce sur les orientations dans la conception de l'ouvrage proposées par les équipes candidates, au vu des objectifs et contraintes du programme défini par le maître d'ouvrage. Après avis du jury, le pouvoir adjudicateur choisit « *un plan ou un projet [...] avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché* » (article 38 du CMP).

L'acheteur public doit donc choisir parmi plusieurs réponses au programme qu'il a défini, celle qui correspond le mieux à ses attentes. Pour ce faire, il doit préciser dans les documents de la consultation le niveau de prestations demandées et peut exiger des candidats la remise d'une maquette.

La maquette matérialisant le projet du candidat apparaît, souvent, nécessaire à une bonne compréhension par les membres du jury des orientations proposées par l'équipe de maîtrise d'œuvre. En effet, seul un tiers des membres du jury a la même qualification professionnelle (ou une qualification équivalente) que celle des candidats au concours, comme l'exige le code des marchés publics (article 24). La production d'une maquette à l'appui de plans peut donc permettre de visualiser le futur ouvrage, de se rendre compte de son impact architectural et environnemental et permettre, ainsi, une meilleure analyse et un jugement plus pertinent des projets par le jury.

L'acheteur doit cependant veiller à ce que le niveau de précision demandé aux candidats, dans la présentation de leur projet, soit justifié par la nature de l'opération en cause et, principalement, par son degré de complexité. Ces demandes doivent être strictement nécessaires au choix par la personne publique du projet répondant à ses besoins. L'acheteur public ne peut jamais exiger des candidats la production d'une maquette précise, détaillée et correspondant à un projet élaboré et fini.

La remise d'une maquette dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre s'analyse nécessairement comme un investissement significatif, au sens de l'article 49. Elle doit donc donner lieu au versement d'une prime aux candidats qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours.

Le montant de cette prime devra être réaliste et correspondre à l'investissement fourni par les candidats compte tenu du degré de précision demandé dans la remise de leurs prestations et de la complexité de l'opération. L'article 74-III du code des marchés publics impose aux maîtres d'ouvrage d'indemniser chaque équipe de maître d'œuvre, à hauteur de 80% minimum du prix estimé des études fournies. Cette juste rémunération est également garante d'une véritable et efficace mise en concurrence des opérateurs économiques.

9. Réponse ministérielle n° 123634 du 3 avril 2012, JOAN p. 2725.



FICHE 12

La désignation du comptable assignataire

Le comptable assignataire est le comptable public auprès duquel est accrédité un ordonnateur et qui a seul compétence pour exécuter les opérations comptables de cet ordonnateur.

Dans le cadre d'un marché public, il est désigné obligatoirement par les pièces constitutives du marché public et exécute les opérations comptables du pouvoir adjudicateur concerné, conformément au décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

I. Le rôle du comptable assignataire.

« Les ordonnateurs prescrivent l'exécution des recettes et des dépenses. Ils constatent les droits et les obligations, liquident les recettes et émettent les ordres de recouvrer. Ils engagent, liquident et ordonnent les dépenses. » (articles 10 et 11 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique).

Le comptable, aux termes de l'article 18 du même décret, est seul chargé :

« 1° De la tenue de la comptabilité générale ;

2° Sous réserve des compétences de l'ordonnateur, de la tenue de la comptabilité budgétaire ;

3° De la comptabilisation des valeurs inactives ;

4° De la prise en charge des ordres de recouvrer et de payer qui lui sont remis par les ordonnateurs ;

5° Du recouvrement des ordres de recouvrer et des créances constatées par un contrat, un titre de propriété ou tout autre titre exécutoire ;

6° De l'encaissement des droits au comptant et des recettes liées à l'exécution des ordres de recouvrer ;

7° Du paiement des dépenses, soit sur ordre émanant des ordonnateurs, soit au vu des titres présentés par les créanciers, soit de leur propre initiative ;

8° De la suite à donner aux oppositions à paiement et autres significations ;

9° De la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux personnes morales mentionnées à l'article 1^{er} ;

10° Du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités ;

11° De la conservation des pièces justificatives des opérations transmises par les ordonnateurs et des documents de comptabilité ».

I.1. L'exécution des dépenses.

Le pouvoir adjudicateur a compétence, en qualité d'ordonnateur, pour engager, liquider (vérifier les factures transmises par son fournisseur) et ordonnancer une dépense.

Mais seul son comptable public peut payer celle-ci au créancier concerné, après avoir opéré des contrôles sur le fondement de l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 et conformément aux articles 19 et 20 du décret du 7 novembre 2012 précité. Les comptables publics sont personnellement et pécuniairement responsables devant le juge des comptes des contrôles qu'ils effectuent sur les dépenses.

Le comptable est chargé de contrôler la régularité de la dépense ordonnancée sans avoir à en apprécier ni la légalité ni l'opportunité ou l'utilité¹.

Dans ce cadre, ils exercent leurs contrôles, notamment par la vérification des justifications fournies par les ordonnateurs. L'article 50 du décret du 7 novembre 2012 précise à cet égard que :

« Les opérations de recettes, de dépenses et de trésorerie doivent être justifiées par des pièces prévues dans des nomenclatures établies, pour chaque catégorie de personnes morales mentionnées à l'article 1^{er}, par arrêté du ministre chargé du budget². »

Toutefois, la liste des pièces justificatives des dépenses, des recettes et des opérations d'ordre des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des établissements publics de santé est fixée par décret³. »

Le Conseil d'Etat a précisé, dans deux décisions du 8 février 2012⁴, que si le comptable ne peut se faire juge de la légalité des pièces justificatives d'une dépense, il lui appartient de déterminer si elles sont suffisantes pour justifier l'engagement de la dépense.

Pour établir ce caractère suffisant, il lui appartient de vérifier :

– si l'ensemble des pièces requises au titre de la nomenclature comptable applicable ont été fournies

et

– si ces pièces sont, d'une part, complètes et précises, d'autre part, cohérentes au regard de la catégorie de la dépense définie dans la nomenclature applicable et de la nature et de l'objet de la dépense telle qu'elle a été ordonnancée.

Lorsque les pièces justificatives fournies sont insuffisantes pour établir la validité de la créance, il appartient au comptable de suspendre le paiement jusqu'à ce que l'ordonnateur lui ait produit les justifications nécessaires.

• Le cas des marchés publics inférieurs au seuil de 15 000 € HT.

Lorsque le marché public est inférieur au seuil de l'article 11 du code des marchés publics, et qu'il ne prévoit pas le versement d'une avance, d'un acompte, ou l'application d'une retenue de garantie, l'ordre de payer pourra être honoré sur la base de la seule facture⁵. Les marchés inférieurs à 15 000 € HT étant dispensés d'obligations de publicité et de mise en concurrence, aucun autre document, tel qu'un certificat administratif, ne doit être fourni à l'appui de la demande de paiement.

1. CE sect. 5 février 1971, *Ministre de l'économie et des finances c/ Balme*, n° 71173.

2. La liste pièces justificatives des dépenses de l'Etat est fixée par l'arrêté du 20 décembre 2013 portant nomenclature des pièces justificatives des dépenses de l'Etat, modifié par l'arrêté du 2 avril 2014.

3. La liste des pièces justificatives des paiements des collectivités et établissements publics locaux est fixée par l'annexe I à l'article D. 1617-19 du CGCT (tel que modifié par le décret n° 2007-450 du 25 mars 2007).

4. CE, 8 février 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat*, n° 342825 et 340698.

5. Rép. Min. n°04483, JO Sénat, 11 avril 2013, p. 1177.



- **Le cas des marchés supérieurs au seuil de 15 000 € HT mais pour lesquels l'ordonnateur n'a pas conclu, à tort, un contrat écrit.**

Si le marché est d'un montant supérieur ou égal au seuil de 15 000 € HT, la production d'un contrat écrit est nécessaire au comptable pour procéder au paiement. En l'absence d'une telle pièce, le comptable doit suspendre le paiement et demander à l'ordonnateur la production des justifications nécessaires.

En revanche, « dès lors que l'ordonnateur a produit, en réponse à cette demande, un certificat administratif par lequel il déclare avoir passé un contrat oral et prend la responsabilité de l'absence de contrat écrit, il appartient au comptable, qui n'a pas à se faire juge de la légalité de la passation du marché en cause, de payer la dépense »⁶.

1.2. L'exécution des recettes

Les comptables publics sont seuls chargés de « la prise en charge des ordres de recouvrer et de payer qui [leur] sont remis par les ordonnateurs » (article 18, 4° du décret du 7 novembre 2012).

Ce principe général des finances publiques a été consacré par le Conseil d'Etat dans son avis d'Assemblée du 13 février 2007⁷, et confirmé par deux arrêts « Société Prest'action » des 6 novembre 2009 et 10 février 2010⁸.

Le Conseil d'Etat estime qu'en application du principe selon lequel une autorité publique investie d'une compétence ne peut pas en disposer, les compétences des comptables ne peuvent pas, en principe, être confiées à des tiers :

« Ainsi, et sauf dans les cas où la loi autorise l'intervention d'un mandataire, il résulte des dispositions qui précèdent que, sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article 14 et de l'article 18 du décret précité (du 19 décembre 1962 portant RGCP), les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques ; qu'en outre, en vertu du principe d'universalité qui régit les finances publiques, des recettes publiques ne peuvent servir à compenser une somme due par l'administration et doivent être intégralement reversées au comptable public. »

Le Conseil d'Etat donne dans cet arrêt une définition restrictive des recettes publiques : en sont notamment exclues les sommes provenant de la vente d'espaces publicitaires versées par les annonceurs à la société de communication, qui constituent des recettes commerciales et peuvent donc être recouvrées par un tiers autre que le comptable public.

L'article 40 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives autorise, sous certaines conditions, les collectivités territoriales et leurs établissements publics mais également l'Etat, ses établissements publics, les groupements nationaux d'intérêt public et les autorités publiques indépendantes à confier à un organisme public ou privé, après avis conforme de leur comptable public et par convention écrite, l'encaissement de certains produits ou recettes.

6. CE, 8 février 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat*, n° 340698.

7. CE, sect. fin., avis, 13 février 2007, n° 373788 : « le principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques doit être regardé comme un principe général des finances publiques applicable à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics et qu'il ne pouvait y être dérogé que par une disposition législative expresse ».

8. CE, 6 novembre 2009, *Société Prest'action*, n° 297877 ; CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, n° 301116.

2. La désignation du comptable assignataire

2.1. La désignation du comptable assignataire dans le cadre d'un marché public.

L'article 12 du code des marchés publics définit les mentions qui figurent obligatoirement dans les pièces constitutives des accords-cadres (article 12-III), des marchés publics (article 12-I) et des marchés de conception-réalisation (article 12-II).

Les pièces constitutives des marchés ont notamment l'obligation de mentionner « *la désignation du comptable assignataire* » (article 12-I-12°). Cette désignation est fonctionnelle et non nominative. Les coordonnées du comptable assignataire doivent être renseignées dans l'acte d'engagement (cf. rubrique D du formulaire DC3 (acte d'engagement) et de sa notice explicative). Il s'agit du comptable public exécutant les opérations comptables du pouvoir adjudicateur concerné.

L'intégralité des opérations financières découlant de l'exécution de tout marché public, quels qu'en soient le montant et la forme, ressort de la compétence exclusive du comptable public du pouvoir adjudicateur concerné.

Toutefois, cette règle générale admet quelques exceptions, limitativement prévues par des dispositions législatives.

2.2. L'exception classique : la désignation du comptable assignataire dans les contrats de mandat de maîtrise d'ouvrage publique.

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (« loi MOP »), modifiée par l'ordonnance du 17 juin 2004, pose des règles particulières en matière de mandat de maîtrise d'ouvrage publique.

Les missions du mandataire, limitativement énumérées par la loi, peuvent comporter la réalisation de tâches administratives, juridiques, techniques et financières. Le mandataire peut, dans les limites fixées par la convention de mandat, passer des marchés publics et payer leurs titulaires sans intervention du comptable. L'article 3 de la loi MOP précise, en effet, que le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire « *le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux* ».

Le mandataire agit alors en représentation du mandant et « *au nom et pour le compte de* ». Il est soumis aux mêmes règles que son mandant. Par conséquent, les opérations qu'il effectue sont retracées dans les comptes de la personne publique mandante. Lors de l'intégration des opérations du mandataire dans la comptabilité de la collectivité mandante, le comptable exerce les contrôles qui lui incombent en vertu des articles 19 et 20 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

S'il est décidé de recourir à un contrat de mandat, les marchés de maîtrise d'œuvre et de travaux devront indiquer les coordonnées du comptable du mandataire choisi à la suite d'une procédure de mise en concurrence⁹.

Le contrat de mandat est, lui-même, soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence. La rémunération du mandataire, pour exécuter la mission qui lui a été confiée dans le cadre de la loi MOP, constitue le montant du marché. Le comptable assignataire du contrat de mandat est le comptable public de la personne publique mandante.

9. Conformément aux dispositions du code des marchés publics et dans les cas des contrats de mandat à titre onéreux.



FICHE 13

Comment utiliser les formulaires européens ?

Depuis le 16 septembre 2011, les avis publiés à la fois au *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics* (BOAMP) et au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE)¹ doivent être conformes au modèle d'avis annexés au règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n° 1564/2005.

Cette notice aide à remplir les rubriques de ces formulaires. Elle suit les sections et rubriques et en explique tous les termes ou expressions.

I. Présentation des formulaires

19 formulaires sont disponibles sur le « système d'information sur les marchés publics européens » (SIMAP)², ou à partir du site du BOAMP³.

Aux 15 formulaires existants en application du précédent règlement n°1564/2005, s'ajoutent 4 formulaires conçus spécifiquement pour les marchés de défense ou de sécurité⁴. Ces 4 formulaires ne font pas l'objet d'une analyse dans la présente fiche. Néanmoins, la majorité des rubriques de ces formulaires sont identiques aux formulaires pris en application de la directive classique ou de la directive secteurs et les commentaires ci-dessous leur sont, dans ces hypothèses, applicables.

| Référence du modèle | Annexe du règlement UE | Intitulé du formulaire |
|---------------------|------------------------|--|
| 1-FR | I | Avis de préinformation |
| 2-FR | II | Avis de marché |
| 3-FR | III | Avis d'attribution de marché |
| 4-FR | IV | Avis périodique indicatif – secteurs spéciaux |
| 5-FR | V | Avis de marché – secteurs spéciaux |
| 6-FR | VI | Avis d'attribution de marché – secteurs spéciaux - |
| 7-FR | VII | Système de qualification – secteurs spéciaux |
| 8-FR | VIII | Avis sur profil d'acheteur |

1. Pour connaître les cas dans lesquels les formulaires européens sont obligatoires, se reporter aux tableaux de publicité dans la rubrique Conseils aux acheteurs / tableaux.

2. http://simap.europa.eu/buyer/forms-standard/index_fr.htm.

3. <http://www.boamp.fr>. La passerelle du BOAMP permet la transmission automatique au JOUE des avis publiés au BOAMP et au JOUE ou uniquement au JOUE.

4. Les formulaires spécifiques aux marchés de défense ou de sécurité prévus par le règlement n° 842/2011 du 19 août 2011 ne sont utilisables que pour les marchés passés en application de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité telle que transposée dans la troisième partie du code des marchés publics.

| Référence du modèle | Annexe du règlement UE | Intitulé du formulaire |
|---------------------|------------------------|---|
| 9-FR | IX | Avis de marché simplifié dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique |
| 10-FR | X | Concession de travaux publics |
| 11-FR | XI | Avis de marché – marché passé par un concessionnaire qui n'est pas un pouvoir adjudicateur |
| 12-FR | XII | Avis de concours |
| 13-FR | XIII | Résultats de concours |
| 14-FR | Non annexé (a) | Avis d'informations complémentaires, Avis d'informations sur une procédure incomplète, ou Avis rectificatif |
| 15-FR | XIV | Avis en cas de transparence ex ante volontaire |
| 16-FR | XV | Avis de pré-information – Défense et sécurité |
| 17-FR | XVI | Avis de marché - Défense et sécurité |
| 18-FR | XVII | Avis d'attribution de marché - Défense et sécurité |
| 19-FR | XVIII | Avis de sous-traitance - Défense et sécurité |

(a) Le formulaire 14 est un formulaire élaboré par la Commission, mais qui ne résulte pas du règlement UE n° 842-2011 du 19 août 2011

2. Typologie des renseignements à fournir

Plusieurs types de renseignements doivent être mentionnés dans ces avis. Ils doivent toujours être indiqués de manière complète et précise. Le juge administratif sanctionne l'absence, le caractère incomplet, erroné ou imprécis des informations données⁵. Ces manquements ne sont toutefois susceptibles d'entraîner l'annulation de la procédure que si, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, ils sont susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser le requérant⁶. De même, dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat, seuls des manquements en rapport direct avec l'intérêt lésé ou d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office peuvent être utilement invoqués⁷.

2.1. Les rubriques obligatoires.

Certains renseignements doivent figurer dans les avis. S'ils sont absents, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ne sera pas garanti, et la procédure entreprise sera susceptible d'être sanctionnée. Doivent donc être renseignées toutes les rubriques, pour lesquelles il n'est pas indiqué « le cas échéant »⁸.

2.2. Les rubriques conditionnelles

Elles doivent être renseignées si l'acheteur se trouve dans les situations mentionnées⁹.

5. CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412 et 194418.

6. CE Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, n° 305420.

7. CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994.

8. CE, 15 juin 2007, *Ministre de la défense*, n° 300097.

9. CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n° 309136.



2.3. Les rubriques alternatives

Ces rubriques ne doivent être renseignées, que si d'autres ne le sont pas. Tel est le cas, par exemple, de la rubrique *VI.4.2 Introduction des recours* de l'avis de marché (2-FR) qui doit être renseignée si la rubrique *VI.4.3 Service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus* ne l'est pas¹⁰.

2.4. Les renseignements facultatifs

L'acheteur public peut fournir des renseignements qu'il estime utiles au bon déroulement de la consultation, mais qui ne sont pas obligatoires. Il peut s'agir, par exemple, de la date limite de retrait des dossiers de consultation, des modalités de réception des plis par voie dématérialisée ou de la mention selon laquelle la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen¹¹.

2.5. Les rubriques sans objet

Certains renseignements peuvent ne pas être indiqués, alors même que le formulaire européen les mentionne comme obligatoires. En effet, le droit français rend parfois sans objet certaines rubriques. Tel est le cas, par exemple, de la rubrique *IV.3.8 Modalités d'ouverture des offres*, dès lors que le droit français n'impose pas le caractère public de la séance d'ouverture des plis¹².

3. Découpage des formulaires en sections

En parcourant les formulaires, le lecteur peut s'étonner de l'absence de certaines sections ou de certaines rubriques à l'intérieur d'une section. Par exemple, dans le modèle d'avis de marché (2-FR), la numérotation des rubriques passe de la section IV concernant la procédure à la section VI sur les renseignements complémentaires, sans section V. Cela provient du fait que les dix-neuf formulaires ont été élaborés sur la base de modèles communs où chaque section ou annexe correspond à un type de renseignement propre suivant la logique qui suit :

- Section I Type d'acheteur : pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice ou concessionnaire
- Section II Objet du marché, du contrat, du concours ou du système de qualification
- Section III Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique
- Section IV Procédure
- Section V Attribution du marché ou résultat du concours
- Section VI Renseignements complémentaires
- Annexe A Adresses supplémentaires et points de contact
- Annexe B Information sur les lots
- Annexe C Catégories de services
- Annexe D Justifications de l'attribution du marché sans publication préalable d'un avis de marché au JOUE

10. CE, 8 février 2008, *Commune de Toulouse*, n° 303748.

11. CE, 25 janvier 2006, *Département de la Seine Saint-Denis*, n° 278115.

12. CE, 27 juillet 2001, *Compagnie Générale des Eaux*, n° 229566.

4. Sections et rubriques

Section I) Identification de l'acheteur

Pouvoir adjudicateur / Entité adjudicatrice

Rubrique I.1) de tous les formulaires

Au sens de la directive 2004/18/CE, sont considérés comme des **pouvoirs adjudicateurs** : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Par organisme de droit public, on entend tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,
- doté de la personnalité juridique
- et dont, soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle de ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

La notion d'**entité adjudicatrice** englobe l'ensemble des acheteurs entrant, de par leur activité, dans le champ des secteurs spéciaux soumis à la directive 2004/17/CE (art. 2 § 2). Il s'agit des pouvoirs adjudicateurs soumis au droit commun des marchés publics, mais opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications, ainsi que des entreprises publiques ou d'autres entités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs opérant dans ces mêmes secteurs.

Une entreprise publique est une entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement :

- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits accordés par une autorité d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie ou des transports, et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités à exercer cette activité.

Code d'identification national

Rubrique I.1) de tous les formulaires

Le code d'identification national correspond au numéro SIRET ou équivalent.



Adresse du profil d'acheteur Rubrique I.1) de tous les formulaires

Le « profil d'acheteur » a été défini par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE et repris aux articles 39 et 149 du CMP : il s'agit du site dématérialisé auquel l'acheteur public a recours pour ses achats. C'est une « plate-forme », accessible en ligne par l'intermédiaire du réseau Internet, qui centralise les outils nécessaires à la dématérialisation des procédures de passation. C'est une « salle des marchés » ou une « place de marchés » virtuelle.

Ce site doit permettre de :

- mettre en ligne les avis ;
- mettre en ligne et télécharger les dossiers de consultation des entreprises ;
- recevoir des candidatures et des offres électroniques de manière sécurisée et confidentielle.

Il n'y a pas d'obligation d'avoir un site indépendant du site internet de la collectivité, à la condition expresse que celui-ci contienne un espace propre pour l'achat offrant, au moins, les fonctionnalités requises.

Le profil d'acheteur de l'Etat est la Plate-forme des Achats de l'Etat (PLACE)¹³.

La publicité sur le profil d'acheteur est obligatoire pour les marchés publics d'un montant supérieur à 90.000 euros HT.

Accès électronique à l'information Soumission des offres et des demandes de participation par voie électronique Rubrique I.1) des formulaires 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15

Ces rubriques peuvent être utilisées pour y mentionner les références d'un site internet autre que le profil d'acheteur :

- « Accès électronique à l'information » : site permettant aux opérateurs économiques d'obtenir, sans autres fonctionnalités, les informations relatives à la consultation.
- « Soumission des offres et des demandes de participation par voie électronique » : site permettant aux candidats de déposer par voie électronique leurs candidatures et leurs offres.

Type de pouvoir adjudicateur / entité adjudicatrice et activités principales Rubrique I.2) de tous les formulaires

Au niveau central, il s'agit des services de l'Etat, y compris ses services déconcentrés, de toute autorité administrative indépendante ou de tout établissement public national.

Au niveau local, il s'agit des collectivités territoriales et des établissements publics locaux.

Organisme de droit public : voir rubrique I.1)

Attribution de marché pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs Rubrique I.4) des formulaires 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11, 13, 15 Rubrique I.3) des formulaires 4, 5, 6, 7

Le pouvoir adjudicateur agit pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs : la case « oui » doit être cochée, lorsque l'acheteur agit en qualité de coordonnateur d'un groupement de commande.

Si oui, l'annexe A (V) permet d'indiquer les coordonnées de l'autre pouvoir adjudicateur pour le compte duquel le pouvoir adjudicateur agit.

13. <https://www.marches-publics.gouv.fr>

Section II) Renseignements relatifs au marché

Intitulé du marché

Rubrique II.1) des formulaires 1, 4, 7, 8, 9

Rubrique II.1.1) des formulaires 2, 3, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15

Il peut s'agir soit de l'objet du marché, soit de l'intitulé générique de la consultation, qui peut être différent de l'objet du marché, notamment en cas d'allotissement en plusieurs marchés. Il est possible d'indiquer ici une référence, un résumé, l'intitulé d'une opération de travaux, etc.

Catégories de services

Rubrique II.1.2) des formulaires 2, 3, 5, 6, 15

Rubrique II.2) des formulaires 1, 4, 7

Cette rubrique ne concerne que les marchés de services. Il appartient à l'acheteur public de vérifier l'appartenance à l'une ou l'autre des catégories mentionnées aux articles 29 et 30 du code, par référence aux catégories de services énumérées aux annexes II-A et II-B de la directive 2004/18/CE et annexes XVII-A et XVII-B de la directive 2004/17/CE, modifiées par les annexes VI et VII du règlement (CE) n° 213/2008 du 28 novembre 2007 modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV).

Les annexes C1 (marchés généraux) et C2 (secteurs spéciaux) récapitulent les catégories de services :

- 1 | Services d'entretien et de réparation
- 2 | Services de transports terrestres [1], y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier
- 3 | Services de transports aériens: transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier
- 4 | Transports de courrier par transport terrestre [1] et par air
- 5 | Services de télécommunications
- 6 | Services financiers: a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement [2]
- 7 | Services informatiques et services connexes
- 8 | Services de recherche et de développement [3]
- 9 | Services comptables, d'audit et de tenue de livres
- 10 | Services d'études de marché et de sondages
- 11 | Services de conseil en gestion [4] et services connexes
- 12 | Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques
- 13 | Services de publicité
- 14 | Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés
- 15 | Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle
- 16 | Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues
- 17 | Services d'hôtellerie et de restauration
- 18 | Services de transports ferroviaires
- 19 | Services de transport par eau
- 20 | Services annexes et auxiliaires des transports
- 21 | Services juridiques



22 | Services de placement et de fourniture de personnel [5]

23 | Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés

24 | Services d'éducation et de formation professionnelle

25 | Services sociaux et sanitaires

26 | Services récréatifs, culturels et sportifs [6]

27 | Autres services

[1] À l'exclusion des services de transports ferroviaires couverts par la catégorie 18.

[2] À l'exclusion des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services fournis par des banques centrales. Sont également exclus les services consistant en l'acquisition ou en la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens; toutefois, les services financiers fournis parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente directive.

[3] À l'exclusion des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur et/ou à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur et/ou l'entité adjudicatrice.

[4] À l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

[5] À l'exception des contrats d'emploi.

[6] À l'exception des contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

Les catégories de services mentionnées à l'article 29 du CMP pour les pouvoirs adjudicateurs (et article 147 pour les entités adjudicatrices) correspondent aux catégories 1 à 16. Celles-ci visent les services dits « prioritaires », qui doivent faire l'objet d'une procédure formalisée, lorsque le montant du marché dépasse les seuils prévus à l'article 26 du code pour les pouvoirs adjudicateurs (et article 144 II pour les entités adjudicatrices).

Les catégories 17 à 27 visent les services dits « non prioritaires », qui peuvent être passés selon une procédure adaptée (article 30 du CMP pour les pouvoirs adjudicateurs et article 148 pour les entités adjudicatrices). Dans ce cas, la transmission au JOUE d'un avis d'attribution est obligatoire, lorsque le montant du marché est égal ou supérieur à 207 000 euros HT pour les pouvoirs adjudicateurs (et 414 000 euros HT pour les entités adjudicatrices). La publication d'un tel avis est recommandée, afin de faire courir les délais du recours contractuel.

Code Nuts
Rubrique II.1.2) des formulaires 2, 3, 5, 6, 10, 11, 15
Rubrique II.2) du formulaire 1

NUTS signifie « nomenclature des unités territoriales statistiques ». Ces aires géographiques ont été définies par l'Union européenne à des fins statistiques. L'ensemble des unités territoriales et leurs codes sont disponibles sur le site SIMAP, à la rubrique « codes et nomenclatures », dans la section « NUTS ».

Pour la France, les codes NUTS sont les suivants :

| | | |
|---------------------------------|----------------------------|-------------------------------------|
| FR FRANCE | FR412 Meuse | FR632 Creuse |
| FR1 ÎLE DE FRANCE | FR413 Moselle | FR633 Haute-Vienne |
| FR10 Île de France | FR414 Vosges | FR7 CENTRE-EST |
| FR101 Paris | FR42 Alsace | FR71 Rhône-Alpes |
| FR102 Seine-et-Marne | FR421 Bas-Rhin | FR711 Ain |
| FR103 Yvelines | FR422 Haut-Rhin | FR712 Ardèche |
| FR104 Essonne | FR43 Franche-Comté | FR713 Drôme |
| FR105 Hauts-de-Seine | FR431 Doubs | FR714 Isère |
| FR106 Seine-Saint-Denis | FR432 Jura | FR715 Loire |
| FR107 Val-de-Marne | FR433 Haute-Saône | FR716 Rhône |
| FR108 Val-d'Oise | FR434 | FR717 Savoie |
| FR2 BASSIN PARISIEN | Territoire de Belfort | FR718 Haute-Savoie |
| FR21 Champagne-Ardenne | FR5 OUEST | FR72 Auvergne |
| FR211 Ardennes | FR51 Pays de la Loire | FR721 Allier |
| FR212 Aube | FR511 Loire-Atlantique | FR722 Cantal |
| FR213 Marne | FR512 Maine-et-Loire | FR723 Haute-Loire |
| FR214 Haute-Marne | FR513 Mayenne | FR724 Puy-de-Dôme |
| FR22 Picardie | FR514 Sarthe | FR8 MÉDITERRANÉE |
| FR221 Aisne | FR515 Vendée | FR81 Languedoc-Roussillon |
| FR222 Oise | FR52 Bretagne | FR811 Aude |
| FR223 Somme | FR521 Côtes-d'Armor | FR812 Gard |
| FR23 Haute-Normandie | FR522 Finistère | FR813 Hérault |
| FR231 Eure | FR523 Ille-et-Vilaine | FR814 Lozère |
| FR232 Seine-Maritime | FR524 Morbihan | FR815 Pyrénées-Orientales |
| FR24 Centre | FR53 Poitou-Charentes | FR82 Provence-Alpes-Côte d'Azur |
| FR241 Cher | FR531 Charente | FR821 Alpes-de-Haute-Provence |
| FR242 Eure-et-Loir | FR532 Charente-Maritime | FR822 Hautes-Alpes |
| FR243 Indre | FR533 Deux-Sèvres | FR823 Alpes-Maritimes |
| FR244 Indre-et-Loire | FR534 Vienne | FR824 Bouches-du-Rhône |
| FR245 Loir-et-Cher | FR6 SUD-OUEST | FR825 Var |
| FR246 Loiret | FR61 Aquitaine | FR826 Vaucluse |
| FR25 Basse-Normandie | FR611 Dordogne | FR83 Corse |
| FR251 Calvados | FR612 Gironde | FR831 Corse-du-Sud |
| FR252 Manche | FR613 Landes | FR832 Haute-Corse |
| FR253 Orne | FR614 Lot-et-Garonne | FR9 DÉPARTEMENTS D'OUTRE-MER |
| FR26 Bourgogne | FR615 Pyrénées-Atlantiques | FR91 Guadeloupe |
| FR261 Côte-d'Or | FR62 Midi-Pyrénées | FR910 Guadeloupe |
| FR262 Nièvre | FR621 Ariège | FR92 Martinique |
| FR263 Saône-et-Loire | FR622 Aveyron | FR920 Martinique |
| FR264 Yonne | FR623 Haute-Garonne | FR93 Guyane |
| FR3 NORD - PAS-DE-CALAIS | FR624 Gers | FR930 Guyane |
| FR30 Nord - Pas-de-Calais | FR625 Lot | FR94 Réunion |
| FR301 Nord | FR626 Hautes-Pyrénées | FR940 Réunion |
| FR302 Pas-de-Calais | FR627 Tarn | FRZ EXTRA-REGIO |
| FR4 EST | FR628 Tarn-et-Garonne | FRZZ Extra-Regio |
| FR41 Lorraine | FR63 Limousin | FRZZZ Extra-Regio |
| FR411 Meurthe-et-Moselle | FR631 Corrèze | |



Accord-cadre
Rubrique II.1.3) des formulaires 3, 6, 15
Rubrique II.1.4) des formulaires 2, 5
Rubrique II.3) du formulaire 1
Rubrique II.1.4) de l'appendice du formulaire 4

Comme l'indique la Commission européenne dans une fiche explicative sur les accords-cadres¹⁴, la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 englobe, sous le même vocable d'accord-cadre, deux situations différentes : les accords-cadres qui fixent tous les termes des marchés fondés sur ces accords-cadres et ceux qui ne les fixent pas tous. Le droit national tient compte de cette dualité en prévoyant, pour plus de clarté, des dispositions spécifiques à chacune de ces catégories.

La première catégorie d'accords-cadres au sens de la directive correspond, en droit national, aux marchés à bons de commande de l'article 77 du code des marchés publics, tandis que la seconde catégorie correspond aux accords-cadres *stricto sensu* de l'article 76 du même code.

Par conséquent, les marchés à bons de commande sont des accords-cadres au sens communautaire. La rubrique relative aux accords-cadres doit donc être renseignée¹⁵.

Deux fiches sont dédiées aux accords-cadres et aux marchés à bons de commande.

Description succincte du marché ou de l'achat / des achats
Rubrique II.1.2) des formulaires 12, 13, 14
Rubrique II.1.3) des formulaires 10, 11
Rubrique II.1.4) des formulaires 3, 6, 15
Rubrique II.1.5) des formulaires 2, 5
Rubrique II.3) des formulaires 4, 7, 8, 9
Rubrique II.4) du formulaire 1

Une description erronée de l'objet du marché peut entacher d'irrégularité la procédure de passation pour manquement aux obligations de publicité¹⁶. C'est le cas, également, en cas d'imprécisions¹⁷.

14. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_fr.pdf.

15. CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n° 309136.

16. CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n° 159693.

17. CE, 29 juin 2005, *CCI de Calais*, n° 266631.

Nomenclature CPV
Rubrique II.1.3) des formulaires 12, 13, 14
Rubrique II.1.4) des formulaires 10, 11
Rubrique II.1.5) des formulaires 3, 6, 15
Rubrique II.1.6) des formulaires 2, 5
Rubrique II.4) des formulaires 4, 7, 8, 9
Rubrique II.5) du formulaire 1

Le vocabulaire commun des marchés publics ou CPV (*Common Procurement Vocabulary*) est composé de codes normalisés, utilisés pour décrire l'objet des contrats à l'aide d'un système unique de classification pour les marchés publics. Il permet ainsi aux opérateurs économiques d'identifier les commandes qui les intéressent, quelle que soit leur langue d'origine.

L'utilisation du CPV pour les marchés d'ampleur européenne est obligatoire, depuis le 1^{er} janvier 2006. Le CPV, adopté par le règlement (CE) n° 213/2008 du 28 novembre 2007, est en vigueur depuis 17 septembre 2008.

Le CPV est composé d'un vocabulaire principal servant à définir l'objet d'un marché, ainsi que d'un vocabulaire supplémentaire permettant d'introduire des données qualitatives complémentaires. Le vocabulaire principal repose sur une structure arborescente de codes comptant jusqu'à 9 chiffres (un code à 8 chiffres plus un chiffre de contrôle) auxquels correspond un intitulé qui décrit le type de fournitures, de travaux ou de services, objet du marché.

Les acheteurs publics doivent trouver le code qui correspond le plus précisément possible à leur achat¹⁸. Bien que, dans certains cas, les acheteurs puissent avoir à choisir plusieurs codes, il est important qu'ils sélectionnent un seul code pour l'intitulé de l'avis de marché. Si le degré de précision du code CPV s'avère insuffisant, les autorités adjudicatrices doivent alors se référer à la division, au groupe, à la classe ou à la catégorie qui décrit le mieux l'acquisition qu'ils envisagent d'effectuer.

18. La liste complète des codes CPV est disponible sur le site officiel de la SIMAP : http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv_fr.htm.



L'accord sur les marchés publics
Rubrique II.1.6) des formulaires 3, 6, 15
Rubrique II.1.7) des formulaires 2, 5
Rubrique II.5) du formulaire 7
Rubrique II.7) des formulaires 1, 4

L'accord sur les marchés publics (AMP) a été conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), afin d'ouvrir les marchés publics à la concurrence internationale, en faisant en sorte que les lois, réglementations, procédures et pratiques des États signataires¹⁹ soient plus transparentes et qu'elles n'aient pas pour effet de protéger les produits ou fournisseurs nationaux ou d'entraîner une discrimination à l'encontre des produits ou fournisseurs étrangers.

Il s'applique aux marchés de fournitures, à certains marchés de services et aux marchés de travaux dont le montant dépasse des seuils exprimés en droit de tirage spéciaux du FMI (DTS), lesquels, convertis tous les ans en euros, correspondant aux seuils communautaires mentionnés aux articles 26 et 144 du code des marchés publics qui diffèrent selon l'acheteur public concerné.

Son champ d'application est précisé dans les annexes de l'appendice I :

L'annexe 1 vise les pouvoirs adjudicateurs qui sont des entités du gouvernement central (soumis au seuil bas pour leurs marchés publics de fournitures et de services).

L'annexe 2 vise les pouvoirs adjudicateurs qui sont des entités du gouvernement central (soumis au seuil haut pour leurs marchés publics de fournitures et de services).

L'annexe 3 concerne les entités adjudicatrices.

L'annexe 4 présente une liste des produits achetés par les ministères de la défense et qui sont soumis à un seuil dérogatoire d'application de l'AMP.

L'annexe 5 est la liste des services soumis à l'AMP.

L'annexe 6 définit les travaux, qui, dans l'AMP, sont appelés « services de construction ».

Enfin, l'annexe 7 constitue une liste d'exception à l'application de l'AMP.

La rubrique « AMP » doit être renseignée²⁰. La case sera cochée « oui » lorsque le montant estimé du marché est supérieur ou égal aux seuils des procédures formalisées prévues par le code des marchés publics et par les deux décrets pris en application de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et qu'il n'est pas visé par une des exceptions suivantes :

- Les marchés de services relevant de l'article 30 du CMP ;
- Les marchés afférant à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat, aux armes, munitions et matériel de guerre, aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou passés aux fins de la défense nationale (article III paragraphe 1 de l'AMP) ;
- Les mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, dans les institutions philanthropiques ou dans les prisons (article III paragraphe 2 de l'AMP).

Pour les cas relevant des exceptions ci-dessus, il faut cocher « non ». Il faut également répondre « non » lorsque le montant estimé du marché est inférieur aux seuils des procédures formalisées.

19. Parties à l'AMP au 1^{er} janvier 2015 : Arménie, Union européenne, Canada, Corée, Etats-Unis, Hong Kong, Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Norvège, Pays-Bas pour ce qui est d'Aruba, Singapour, Suisse, Taipei chinois (Taiwan).

20. CE, 14 mai 2003, *Communauté d'agglomération de Lens-Liévin*, n° 251336.

Division en lots
Rubrique II.1.8) des formulaires 2, 5
Rubrique II.4) du formulaire 1
Rubrique II.1.5) de l'appendice du formulaire 4

Le code des marchés publics pose le principe de l'allotissement.

L'acheteur public ne peut recourir au marché global que dans les situations énumérées par l'article 10 du code des marchés publics : si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, si la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore si l'acheteur public n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Dans ces hypothèses, l'acheteur public coche « non » à la rubrique « division en lots ».

Le Conseil d'Etat a jugé que la diminution significative du coût des prestations, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, constitue un motif légal de dévolution en marché global²¹. Tel est également le cas lorsque la dévolution en lots séparés aurait rendu techniquement difficile l'exécution des prestations²².

Cette rubrique exige également que l'acheteur public précise, en cas d'allotissement du marché, si les candidats peuvent présenter une offre pour un lot, plusieurs lots ou pour l'ensemble des lots. La limitation du nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat doit être justifiée par des motifs sérieux, liés à l'objet ou aux conditions d'exécution du marché et des lots.

Pour chaque lot, l'annexe B doit être complétée de manière exhaustive : description succincte, classification CPV, quantité ou étendue, durée ou date de début / d'achèvement...

Variantes
Rubrique II.1.9) des formulaires 2, 5

Le régime des variantes est défini à l'article 50 du code des marchés publics. La variante est une offre équivalente et alternative à la solution de base que propose le candidat. Elle peut consister en une modification de certaines des spécifications techniques décrites dans le cahier des charges ou, plus généralement, dans le dossier de consultation. Elle peut, aussi, consister en un aménagement des conditions financières du marché. La variante permet aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché, autres que ceux fixés dans le cahier des charges.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, l'acheteur public doit indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, s'il autorise ou non les variantes. A défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.

Quand l'acheteur a autorisé la présentation de variante, il est possible, depuis l'intervention du décret n°2011-1000 du 25 août 2011, aux opérateurs économiques d'en présenter une, sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base. Toutefois, si l'acheteur souhaite que les variantes soient déposées avec une offre de base, il doit expressément le mentionner dans l'avis public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. La rubrique II.1.9) ne permettant que de cocher les cases oui ou non à la prise en considération des variantes, l'information peut être portée dans la rubrique « informations complémentaires ».

21. CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803, CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935.

22. TA Paris, 10 juin 2011, Société CITELUM, 1102796.



Quantité ou étendue globale
Rubrique II.2.1) des formulaires 2, 5, 10, 11 et de l'appendice du formulaire 4
Rubrique II.5) du formulaire 9

L'acheteur public doit mentionner la quantité ou l'étendue globale du marché. Le cas échéant, il peut indiquer la valeur estimée hors TVA, mais cela n'est toutefois pas conseillé dans la mesure où, tous les candidats alignant leur offre sur le montant estimé, cette information pourrait avoir pour effet de fausser la concurrence. Aucune disposition du code des marchés publics ni aucune autre règle n'oblige la personne publique à indiquer le montant prévisionnel du marché qu'elle entend attribuer²³.

Le Conseil d'Etat a jugé que cette rubrique devait être remplie, y compris dans le cadre de marchés à bons de commande ou d'accords-cadres sans minimum ni maximum²⁴. Dans ce cas, les acheteurs publics doivent renseigner la rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché, afin de permettre aux candidats d'établir leurs prix.

Option
Rubrique II.2.2) des formulaires 2, 5 et de l'appendice du formulaire 4

La rubrique relative aux options doit être renseignée, lorsque sont prévues des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations commandées de manière ferme dans le marché, dans le cadre d'éventuelles tranches conditionnelles ou marchés de prestations similaires.

Ces options, que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils. Ne sont pas des options, les prestations dont le besoin apparaît en cours d'exécution du marché : les avenants et les marchés complémentaires²⁵ ne sont pas des options.

Les options doivent également être distinguées des prestations supplémentaires éventuelles que les candidats sont tenus de proposer dans leur offre et que l'administration se réserve la possibilité de commander ou non²⁶.

Reconduction
Rubrique II.2.3) des formulaires 2, 5 et de l'appendice du formulaire 4

En l'absence de rubrique spécifique dans les formulaires issus du règlement n° 1564/2005, les informations concernant les reconductions étaient mentionnées dans la même rubrique que les options.

Dans le cadre des nouveaux formulaires issus du règlement n° 842/2011, une rubrique dédiée aux informations concernant la reconduction a été insérée. Il convient donc d'y faire figurer les informations relatives aux reconductions et d'y indiquer le nombre de reconductions éventuelles du marché.

23. CE, 6 janvier 2006, *Syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du vendomois*, n° 281113.

24. CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600 ; CAA Marseille, 28 novembre 2012, *Côte d'Azur Habitat*, n° 10MA01413.

25. Réponse ministérielle n°58686, JOAN du 5 août 2014, p. 6731.

26. CE, 15 juin 2007, *Ministre de la défense*, n° 299391.

Durée du marché ou délai d'exécution
Rubrique II.3) des formulaires 2, 5 et 11
Rubrique II.5) du formulaire 4
Rubrique II.6) du formulaire 1

L'acheteur public peut préciser soit la durée du marché en mois ou en jour, soit le délai d'exécution déterminé par des dates de début et de fin d'exécution. Il n'est pas tenu d'indiquer la date prévisible de commencement d'exécution du marché²⁷.

La mention de la durée d'engagement attendue par le pouvoir adjudicateur, qu'elle s'exprime sous la forme d'une durée du marché ou de dates de début et de fin, est une information essentielle pour permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux besoins de la personne publique. Son omission constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'avoir lésé les candidats²⁸.

La date d'attribution du contrat s'entend, ici, comme la date de notification du marché au titulaire. En cas de marché reconductible, la durée du marché correspond à la durée ferme avant reconduction. Le nombre de reconductions éventuelles est, par ailleurs, mentionné dans la rubrique « reconduction ».

Section III) Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique

Cautionnement et garanties exigées
Rubrique III.1.1) des formulaires 2, 5, 11 et de l'appendice du formulaire 4

Sur ce point, il faut envisager :

- la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire,
- la retenue de garantie,
- les autres garanties qui peuvent être demandées aux titulaires de marchés pour l'exécution d'un engagement particulier, à déterminer au cahier des charges,
- la période de garantie de parfait achèvement après réception des travaux.

Le pouvoir adjudicateur qui n'a pas complété la rubrique "cautionnement et garanties exigées", lorsqu'il a des exigences de ce type à l'égard des candidats, manque à ses obligations²⁹.

27. CE, 8 août 2008, *Ville de Marseille*, n° 312370.

28. CE, 1^{er} juin 2011, *Commune de Saint-Benoît*, n° 345649 confirmant l'ordonnance du TA de Saint-Denis du 21 décembre 2010, *Société Ginger Environnement et infrastructures*, n° 1001170.

29. CE, 21 novembre 2007, *Département du Var*, n° 300992.



Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent
Rubrique III.1.1) du formulaire 1
Rubrique III.1.2) des formulaires 2, 5
Rubrique II.6.2) du formulaire 4

Les modalités de financement désignent les ressources financières que l'acheteur public entend mobiliser pour financer le projet du marché.

Les modalités de paiement désignent les formes et conditions du paiement effectué par le comptable.

L'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement impose à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché, qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers³⁰.

Le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas confondre les modalités de financement et les modalités de paiement. Le Conseil d'Etat a jugé qu'en se contentant d'indiquer que les prestations, objet du marché, seraient rémunérées dans les conditions fixées par les règles de la comptabilité publique et financières, un organisme n'avait donné que des renseignements relatifs aux modalités essentielles de paiement et non au financement du marché³¹.

Forme juridique que devra revêtir le groupement d'opérateurs économiques attributaire du marché
Rubrique III.1.2) du formulaire 2 et de l'appendice du formulaire 4
Rubrique III.1.3) du formulaire 5

Indiquer la forme souhaitée : groupement conjoint avec solidarité du mandataire ou groupement solidaire. L'acheteur public pourra imposer de modifier la forme du groupement, après l'attribution du marché, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Il faut également le prévoir dans le règlement de consultation.

Situation propre des opérateurs économiques, y compris exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession
Rubrique III.1.1) du formulaire 10
Rubrique III.2.1) des formulaires 2, 5 et de l'appendice du formulaire 4

Indiquer les renseignements pertinents devant être fournis par les candidats pour l'évaluation de leur capacité administrative et juridique.

30. CE, 17 novembre 2006, *ANPE*, n°290712.

31. CE, 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, 298864.

Renseignements concernant l'évaluation de la capacité économique, financière et technique
Rubriques III.1.2) et III.1.3) du formulaire 10
Rubriques III.2.2) et III.2.3) des formulaires 2, 5 et de l'appendice du formulaire 4
Rubrique III.2.1) du formulaire 11

L'avis de marché doit énoncer les documents ou renseignements, à partir desquels le pouvoir adjudicateur entend contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats³². La liste des renseignements exigibles des opérateurs économiques à l'appui des candidatures est fixée limitativement par l'article 45 du code des marchés publics et par l'arrêté du 28 août 2006, fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs. L'acheteur ne peut exiger des candidats que les seuls renseignements et documents prévus par l'arrêté du 28 août 2006³³. L'acheteur ne doit réclamer que les pièces nécessaires à son contrôle.

L'acheteur peut exiger des candidats l'utilisation des formulaires « lettre de candidature » et « déclaration du candidat » proposés par le ministère de l'économie, sans toutefois aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'appréciation des capacités des candidats, au regard de l'objet du marché³⁴.

L'acheteur n'est pas tenu de préciser des niveaux minimaux de capacités économiques et financières exigés des candidats. Si l'acheteur souhaite en prévoir, le niveau de compétence requis doit être justifié et proportionné à l'objet du marché. L'absence de niveaux minimaux de capacités n'empêche pas l'acheteur d'écarter une candidature pour capacité insuffisante³⁵.

Marchés réservés
Rubrique III.1.2) du formulaire 7
Rubrique III.2.1) du formulaire 1
Rubrique III.2.4) des formulaires 2, 5 et de l'appendice du formulaire 4

L'article 15 du code des marchés publics dispose que « *certaines 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. 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19, L. 5213-22 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* ».

Si le pouvoir adjudicateur souhaite réserver son marché dans les conditions fixées par cette disposition, il doit cocher la case « Le marché est réservé à des ateliers protégés ». Constituent des ateliers protégés, les entreprises adaptées et les établissements et services d'aide par le travail.

En revanche, le droit français ne connaît pas de notion équivalente aux « programmes d'emplois protégés ». Cette case est donc sans objet.

32. CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 303779.

33. CE, 21 février 2014, *sociétés AD3 et Les Lavandières*, n° 373096.

34. CE, 21 novembre 2007, *Département du Var*, n° 300992.

35. CE, 20 mai 2009, *Commune Fort-de-France*, n° 311379.



Profession particulière
Rubrique III.2) du formulaire 12
Rubrique III.3.1) des formulaires 2, 5 et de l'appendice du formulaire 4

Aux termes de l'article 46 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, « *dans les procédures de passation des marchés publics de services, lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation* ».

C'est au regard de cette disposition qu'il convient d'indiquer dans l'avis si la prestation est réservée à une « profession particulière ».

A titre d'exemple, la profession de géomètre-expert est une « profession particulière », car réglementée par le décret n° 96-478 du 31 mai 1996, portant règlement de la profession de géomètre-expert et code des devoirs professionnels.

Section IV) Procédure / renseignements d'ordre administratif

Type de procédure
Rubrique IV.1.1) du formulaire 9 et de l'appendice du formulaire 4
Rubrique IV.1) des formulaires 12, 15
Rubrique IV.1.1) des formulaires 2, 3, 5, 6, 14

Les six types de procédures énumérées sous cette rubrique recouvrent différents cas selon les formulaires :

Ouverte : appel d'offres ouvert (art. 57 et s. du CMP), concours ouvert (art. 70 du CMP)

Restreinte : appel d'offres restreint (art. 60 et s. du CMP), concours restreint (art. 70 du CMP) et marchés de conception - réalisation (art. 69 du CMP)

Restreinte accélérée : cas de réduction de délai en raison de l'urgence

Négociée : procédure négociée (art. 65 et s. du CMP)

Négocié accéléré : cas de réduction de délai en raison de l'urgence

Dialogue compétitif : dialogue compétitif (art. 67 du CMP).

Des candidats ont déjà été sélectionnés
Rubrique IV.1.1) des formulaires 2, 5

Cette rubrique correspond à l'hypothèse où un appel d'offres a été déclaré infructueux et où le pouvoir adjudicateur décide de publier un nouvel avis de publicité dans le cadre de la procédure négociée qui fait suite à cet appel d'offres infructueux.

Le pouvoir adjudicateur précise alors dans cette rubrique les noms des entreprises ayant participé à l'appel d'offres initial et ayant été sélectionnés dans ce cadre³⁶.

36. Cf. réponse ministérielle n° 10609 du 17 juin 2004.

**Justification du choix de la procédure accélérée
Rubrique IV.1.1) du formulaire 2**

Le code des marchés publics fixe, pour chaque procédure, des délais minimums de remise des candidatures et des offres³⁷. Il prévoit également la possibilité de réduire ces délais, en cas de recours à la dématérialisation ou en cas « *d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur* » (articles 60, 62 et 65 du CMP).

Les délais peuvent être réduits de 7 jours maximum en cas d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence par voie électronique et de 5 jours maximum en cas de mise à disposition des documents de la consultation sur le profil d'acheteur. Si ces deux formalités ont été effectuées, ces délais peuvent être cumulés (réduction de 12 jours).

La réduction des délais dans les cas d'urgence simple ne se conçoit, comme le rappellent les directives européennes, que si ces délais sont rendus impraticables. Cela signifie que les acheteurs publics doivent être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence, ainsi que l'impossibilité réelle de respecter les délais normalement prévus pour ce type de procédure, pour des raisons sérieuses ne résultant pas de leur fait. L'urgence doit être mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

En procédure négociée, le délai minimum de réception des candidatures peut être réduit de 37 jours à 15 jours, en cas d'urgence (ou à 10 jours, si l'avis a été envoyé par voie électronique).

En dialogue compétitif, il n'est pas possible de réduire le délai minimum de réception des candidatures pour des motifs d'urgence. Seule la dématérialisation de l'envoi de l'avis d'attribution permet une réduction du délai à 30 jours.

En appel d'offre restreint, le délai minimum de réception des candidatures peut être réduit de 37 à 15 jours, en cas d'urgence (ou à 10 jours, si l'avis a été envoyé par voie électronique). Le délai minimum de réception des offres peut être réduit de 40 à 10 jours.

En revanche, aucune possibilité de réduction de ce délai n'existe pour ce motif en appel d'offres ouvert.

³⁷. Cf. tableau récapitulatif des délais dans la rubrique Conseils aux acheteurs/Tableaux.



Justification du recours à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché
Rubrique IV.1.1) et annexe D des formulaires 3, 6, 15

Cette rubrique figure uniquement dans l'avis d'attribution et l'avis en cas de transparence ex ante volontaire.

Le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché au JOUE doit être justifié en renseignant l'annexe D. L'annexe D (D1 pour les marchés généraux et D2 pour les secteurs spéciaux) distingue :

1) les cas où l'absence de publication préalable d'un avis de marché au JOUE concerne les hypothèses de recours à la procédure négociée sans publicité préalable dans les cas prévus au II de l'article 35 du CMP (pour les pouvoirs adjudicateurs) et 144 II (pour les entités adjudicatrices).

L'acheteur coche la case correspondante au cas de recours à la procédure négociée qu'il a utilisé.

2) les autres justifications de l'attribution d'un marché sans publication préalable d'un avis de marché au JOUE :

– les marchés ayant pour objet des services relevant de l'annexe IIB de la directive 2004/1/CE (pour les pouvoirs adjudicateurs) ou XVIIIB de la directive 2004/17/CE (pour les entités adjudicatrices)

– les marchés ne relevant pas du champ d'application des deux directives précitées.

L'acheteur coche la case correspondante à sa situation : marchés de services de l'article 30 (pour les pouvoirs adjudicateurs) ou de l'article 148 (pour les entités adjudicatrices) ou marchés passés selon une procédure adaptée en raison de son montant.

Quelle que soit la case cochée dans l'annexe D, il convient dans tous les cas de justifier, par un commentaire de 500 mots maximum, le recours à l'attribution d'un tel marché.

Dans le cas d'un marché passé selon une procédure adaptée (rubriques D1-2 ou D2-2), il est possible d'indiquer que ce marché est d'un montant inférieur aux seuils fixés par la directive 2004/18 pour les pouvoirs adjudicateurs ou 2004/17 pour les entités adjudicatrices, passé selon une procédure adaptée et pour lequel la publication préalable d'un avis de marché au JOUE n'est pas obligatoire.

Limites concernant le nombre d'opérateurs invités à soumissionner ou à participer

Rubrique IV.1.2) du formulaire 2

Pour un appel d'offres restreint, il est préconisé de fixer un nombre minimal et maximal de candidats admis à présenter une offre. Le nombre minimal ne peut être inférieur à 5.

Pour les marchés en procédure négociée ou dialogue compétitif, le nombre minimal de peut être inférieur à 3.

Pour la rubrique « critères objectifs de limitation du nombre de candidats », indiquer ici les critères de sélection des candidatures.

Réduction du nombre d'opérateurs durant la négociation ou le dialogue
Rubrique IV.1.3) du formulaire 2

La case « oui » doit être cochée, si l'acheteur souhaite éliminer des soumissionnaires au fur et à mesure des tours / phases de la négociation ou du dialogue. Il s'agit d'une faculté offerte à l'acheteur, pour ne pas avoir à négocier avec un nombre important d'entreprises jusqu'au terme de la procédure.

Les propositions sont alors éliminées, par application des critères de sélection des offres annoncés dans l'avis.

Critères d'attribution

Rubrique IV.2.1) des formulaires 2, 3, 5, 6, 15 et de l'appendice du formulaire 4
Rubrique IV.1) des formulaires 10, 11
Rubrique IV.1.1) des formulaires 7, 9
Rubrique IV.3) du formulaire 12

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de se fonder sur le seul critère du prix pour attribuer le marché, il doit cocher la case « Prix le plus bas ».

Lorsque la sélection est fondée sur une pluralité de critères, c'est la case « Offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction » qui doit être cochée.

L'acheteur public peut annoncer les critères de sélection dans cette rubrique ou renvoyer au règlement de la consultation³⁸. Si les critères figurent dans les deux documents, ils doivent être annoncés de façon identique³⁹.

Pour les concours, la rubrique correspondant aux critères d'attribution est la rubrique « critères d'évaluation des projets ».

Enchère électronique

Rubrique IV.2.2) des formulaires 2, 3, 5, 6, 15 et de l'appendice du formulaire 4
Rubrique IV.1.2) des formulaires 7, 9

Le procédé de l'enchère électronique n'intervient que dans la phase du marché consacrée à la sélection des offres, sur certains des éléments quantifiables du besoin exprimé par l'acheteur public. L'attribution du marché est fonction des résultats de l'enchère. Les autres phases de passation du marché sont mises en œuvre, selon les règles de droit commun.

Ce procédé ne s'applique qu'aux marchés de fournitures d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée.

Publications antérieures concernant le même marché

Rubrique IV.3.2) des formulaires 2, 3, 5, 6, 15
Rubrique IV.2.2) du formulaire 9
Rubrique IV.1.2) du formulaire 13

Doit être indiqué dans cette rubrique l'ensemble des publications ayant trait à une même procédure de passation d'un marché public (publications antérieures), ainsi que les abandons de procédures éventuels (déclaration d'infructuosité, déclaration sans suite).

Conditions d'obtention des documents

Date limite pour la réception des demandes de documents ou pour l'accès aux documents

Rubrique IV.3.3) des formulaires 2, 5
Rubrique IV.4.2) du formulaire 12
Rubrique IV.3.1) de l'appendice du formulaire 4

Cette mention n'est à renseigner que si l'acheteur public entend fixer une telle date limite⁴⁰.

En l'absence de précision, les candidats peuvent demander communication du cahier des charges et des documents complémentaires à tout moment, jusqu'à la date limite de présentation des candidatures et des offres.

38. Cf. article 53 du CMP : « Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. » ; réponse ministérielle n° 30429, JOAN du 10 septembre 2013, p. 9469.

39. CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198.

40. CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n° 309136.



Langue(s) pouvant être utilisée(s) dans l'offre ou la demande de participation
Rubrique IV.2.3) du formulaire 10
Rubrique IV.2.4) des formulaires 9, 11
Rubrique IV.3.5) du formulaire 5
Rubrique IV.3.6) du formulaire 2
Rubrique IV.4.5) du formulaire 12
Rubrique IV.3.4) de l'appendice du formulaire 4

L'absence d'indication sur la ou les langues, dans lesquelles l'offre peut être rédigée, constitue un manquement aux obligations de publicité⁴¹.

En application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (circulaire d'application du 19 mars 1996, JO du 20 mars 1996), l'offre doit être rédigée en français. L'acheteur public peut permettre l'utilisation d'autres langues, en complément du français.

Les anciens formulaires proposaient de cocher parmi les cases correspondantes aux 20 langues proposées dans la rubrique.

Les nouveaux formulaires permettent :

- soit de cocher la case « Toutes les langues officielles de l'UE » (les langues officielles de l'Union européenne sont l'allemand, l'anglais, le bulgare, le danois, l'espagnol, l'estonien, le finnois, le français, le grec, le hongrois, l'italien, l'irlandais, le letton, le lituanien, le maltais, le néerlandais, le polonais, le portugais, le roumain, le slovaque, le slovène, le suédois et le tchèque)
- soit de cocher la case « Langue(s) officielle(s) de l'UE » : en précisant les langues choisies.

Délai minimal pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre
Rubrique IV.3.6) du formulaire 5
Rubrique IV.3.7) du formulaire 2

Si la procédure de passation est ouverte, le délai minimum, pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre doit être indiqué dans l'avis, même s'il figure, par ailleurs, dans le règlement de la consultation⁴². Le délai de validité des offres est laissé à l'appréciation de l'acheteur public. L'entreprise est liée par son offre, pendant toute la durée de validité annoncée. En revanche, au-delà de ce délai, elle n'est plus engagée par son offre.

Le marché doit être attribué avant l'expiration du délai de validité des offres. La signature et la notification du marché, après la date d'expiration de ce délai, sont sans incidence sur la validité du contrat, si la décision d'attribution a été prise avant cette date⁴³. Toutefois, étant délié de son offre, l'attributaire peut renoncer au marché⁴⁴.

Modalités d'ouverture des offres
Rubrique IV.3.7) du formulaire 5
Rubrique IV.3.8) du formulaire 2

En l'absence, en droit interne, d'obligations imposant le caractère public de la séance d'ouverture des plis, l'acheteur public n'est pas tenu de faire figurer des précisions relatives aux personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres, ainsi qu'aux date, lieu et heure de cette ouverture⁴⁵.

41. CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n°229566.

42. CE, 15 juin 2007, *Ministre de la défense*, n°300097.

43. CE, 21 mars 2007, *Commune de Lens*, n° 279535.

44. CE, 31 mai 2010, *Société Cassan*, n° 315851.

45. CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n°229566.

Section V) Attribution du marché

Date d'attribution du marché Rubrique V.1) des formulaires 3, 15

La date d'attribution du marché doit être entendue, ici, comme la date de sa notification à l'attributaire.

Section VI) Renseignements complémentaires

Renouvellement Rubrique VI.1) des formulaires 2, 5 et de l'appendice du formulaire 4

Cette rubrique permet à l'acheteur d'indiquer s'il s'agit d'un marché renouvelable (les formulaires issus du règlement 1564/2005 parlaient de marché périodique).

Cette rubrique peut être renseignée si l'acheteur souhaite attirer l'attention des opérateurs économiques sur le caractère récurrent du marché envisagé.

Informations complémentaires Rubrique VI.1) des formulaires 8, 9 Rubrique VI.2) des formulaires 1, 3, 4, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 15 et de l'appendice du formulaire 4 Rubrique VI.3) des formulaires 2, 5

Cette rubrique permet aux acheteurs publics de fournir des renseignements utiles aux candidats pour participer à la consultation, mais qui n'ont pas trouvé place dans les autres sections. C'est le cas, par exemple, des informations relatives à la dématérialisation de la procédure.

En cas de recours à la dématérialisation, il convient de mentionner :

1. L'adresse de téléchargement, au sein du profil d'acheteur des différents documents du dossier de consultation des entreprises (règlement de la consultation, cahier des charges, documents et renseignements complémentaires) ;
2. Dans l'hypothèse où l'acheteur public estime que certains documents de la consultation sont, soit sensibles ou confidentiels, soit trop volumineux, l'adresse (physique ou électronique) où ces éléments peuvent être demandés ;
3. Les modalités de transmission (dématérialisée ou papier) des candidatures et des offres retenues par l'acheteur public :
 - si l'acheteur public impose le mode électronique : une adresse électronique ou celle de son profil d'acheteur, mais également, le cas échéant, une adresse de dépôt physique pour l'envoi de la copie de sauvegarde ;
 - si l'acheteur public choisit le mode papier : une adresse de dépôt, mais également une adresse électronique ou celle de son profil d'acheteur, pour les candidats, en procédure formalisée, qui ne respecteraient pas son choix du mode de transmission.

L'article 56 ne permet pas un mode de transmission différencié entre la candidature et l'offre. Une offre transmise par voie dématérialisée ne peut pas succéder à une candidature envoyée sur support papier et inversement.

4. Dans le cas d'une procédure restreinte, l'indication de l'envoi de la lettre de consultation par voie électronique.

Les offres, mêmes volumineuses, doivent parvenir complètes, dans les délais fixés par l'acheteur public. L'opérateur économique est responsable de l'envoi de son pli électronique dans les délais fixés. Une mention sur le profil d'acheteur peut utilement attirer son attention sur les délais éventuellement nécessaires à la transmission des fichiers volumineux.



Procédures de recours
Rubrique VI.4) des formulaires 2, 5
Rubrique VI.3) des formulaires 3, 6, 7, 10, 12, 13, 15 et de l'appendice
du formulaire 4

Cette rubrique est divisée en trois sous-rubriques :

VI.4.1) Instance chargée des procédures de recours,

VI.4.2) Introduction des recours,

VI.4.3) Service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours.

L'acheteur public est tenu de renseigner la sous-rubrique VI.4.1) dans tous les cas. Il doit y mentionner les coordonnées de l'« Instance chargée des voies de recours », c'est-à-dire le tribunal territorialement compétent. En revanche, l'information concernant l'« organe chargé des procédures de médiation » n'est pas obligatoirement renseignée. Il s'agit de l'institution qui serait chargée de jouer un rôle de médiateur en cas de difficultés qui surviendraient lors de la passation du contrat. Il est inutile de mentionner les comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA), qui ne connaissent que des difficultés d'exécution des marchés.

L'acheteur doit également remplir, soit la sous-rubrique VI.4.2), soit la sous-rubrique VI.4.3). Le Conseil d'État a confirmé le caractère alternatif de ces rubriques. Il peut également décider de renseigner ces deux sous-rubriques. Pour éviter tout risque d'erreur, il est recommandé de ne renseigner que la rubrique 3) en indiquant le nom et les coordonnées du greffe du tribunal compétent, cette information étant jugée suffisante par le juge⁴⁷.

Si l'acheteur public décide de renseigner la rubrique VI.4.2), il doit y faire figurer des informations suffisamment détaillées sur les recours susceptibles d'être formés pour contester la passation du marché, ainsi que sur les délais d'introduction de ces recours.

Le Conseil d'État a jugé que les acheteurs publics devaient, au minimum, indiquer la possibilité d'introduire un référé précontractuel depuis le début de la procédure de passation jusqu'à la signature du contrat⁴⁸. Il a également jugé que le simple renvoi à l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA) suffisait pour satisfaire à cette obligation⁴⁹.

Il résulte de cette jurisprudence que seuls les recours juridictionnels propres aux contrats administratifs, à l'exclusion des recours gracieux, des modes de règlement amiables et du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, doivent être mentionnés au titre de la sous-rubrique 2) des avis de marché. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, il s'agit :

- du référé précontractuel (CJA, art. L. 551-1 et s. pour les pouvoirs adjudicateurs et art. L. 551-5 et s. pour les entités adjudicatrices) ;
- du référé contractuel (CJA, art. L. 551-13 et s.).

Pour être complet, il convient de mentionner également le recours en contestation de validité du contrat, issu de la jurisprudence « Tarn-et-Garonne », qui peut être exercé par les tiers, sans considération de leur qualité, dans un délai de 2 mois à compter des mesures de publicité appropriées⁵⁰.

46. CE, 15 juin 2007, *Ministre de la Défense*, n° 300097 ; CE, 8 février 2008, *Département de l'Essonne*, n° 300275.

47. CE, 6 mars 2009, *Commune de Savigny-sur-Orge*, n° 315138.

48. CE, 8 février 2008, *Commune de Toulouse*, n° 303748.

49. CE, 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, n° 305420.

50. CE 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994. Voir point 2.1 de la fiche technique « Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique ».

DIVERS

Publication d'un avis au JOUE pour un marché passé selon une procédure adaptée (marché dont le montant est inférieur aux seuils de procédure formalisée ou marchés de services non prioritaires)

Le modèle d'avis de marché du JOUE n'est principalement prévu que pour les marchés qui, en raison de leur montant, doivent faire l'objet d'une procédure formalisée et dont la publicité doit être effectuée au niveau européen.

Si l'acheteur souhaite néanmoins effectuer une publicité au JOUE pour un marché passé selon une procédure adaptée (marchés de services de l'article 30 [ou 148] ou marchés dont le montant est inférieur aux seuils de procédure formalisée), il est possible de :

- renseigner la rubrique « Type de procédure » en cochant la case correspondant à la procédure la plus proche de celle qui sera mise en place ;
- de compléter la rubrique « informations complémentaire» en précisant qu'il s'agit soit de marchés de services relevant de l'annexe IIB (ou XVIIIB) de la directive applicable ou de marchés ne relevant pas du champ d'application de la directive applicable et passé selon une procédure adaptée.

FICHE 14

Les marchés à procédure adaptée

Les procédures formalisées imposées par le droit communautaire ne s'imposent qu'aux marchés d'un montant supérieur aux seuils qu'il fixe¹. Au dessous de ces seuils, l'acheteur est libre d'organiser sa procédure comme il l'entend, dans le respect des principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures².

Leur procédure de passation doit être adaptée 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 ; c'est ce que signifie leur appellation de marchés à procédure adaptée (MAPA).

De nombreux acheteurs ignorent la liberté que cette procédure leur offre. Sa souplesse permet pourtant souvent de répondre de manière optimale à l'impératif que doit respecter tout acheteur public : la meilleure utilisation des deniers publics.

Elle ouvre, en outre, les marchés publics aux entreprises inhabiles au maniement des procédures formalisées, notamment les petites et moyennes entreprises (PME).

Elle est enfin, source d'économie pour l'acheteur public lui-même, car elle lui permet d'adapter les moyens mis en œuvre aux enjeux de son achat.

Attention ! La présente fiche n'a pas pour objet d'encourager les acheteurs à utiliser avec légèreté les MAPA : il va de soi qu'un marché de travaux de 4 000 000 euros HT, par exemple, doit faire l'objet d'une rigoureuse évaluation du besoin et d'efficaces mesures de publicité et de mise en concurrence. Elles seront, de fait, proches de celles pratiquées en procédures formalisées mais laissent place à la fois à la négociation et à des délais plus courts³.

Elle a pour objectif, à l'aide d'exemples, de permettre aux acheteurs publics de déterminer le cadre d'une procédure efficiente, c'est-à-dire des mesures de publicité et de mise en concurrence en adéquation avec l'enjeu du marché.

I. Quand recourir au marché à procédure adaptée ?

Les marchés peuvent être passés en procédure adaptée, soit en raison de leur montant, soit en raison de leur objet.

1. Mentionnés à l'article 26 du code des marchés publics, ils évoluent tous les deux ans.

2. CE, Avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246921 ; 2003-473 DC 26 juin 2003.

3. Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une de ces procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'appliquer dans son intégralité (article 28-I al 3).

I.1. Les MAPA en raison de leur montant

I.1.1. Les marchés dont les montants sont inférieurs à 15 000 euros HT

Ces marchés sont dispensés des obligations de publicité et de mise en concurrence depuis le décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011. Cette mesure, attendue par les acheteurs publics et les entreprises, supprime le formalisme, parfois coûteux en temps et en moyens, pesant sur les marchés de très faible montant et faible enjeu. Pour ces achats, les pouvoirs adjudicateurs ne sont soumis qu'à l'obligation, de bon sens, de veiller à assurer une utilisation optimale des deniers publics, c'est-à-dire d'acheter de manière pertinente en sollicitant, s'il y a lieu, différents prestataires⁴.

I.1.2. Les marchés dont les montants sont inférieurs aux seuils communautaires (article 26 CMP)

Il s'agit des marchés dont les montants sont inférieurs aux montants suivants :

- 134 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat et de ses établissements publics;
- 207 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, des établissements publics de santé, et des établissements publics du service de santé des armées ;
- 207 000 euros HT pour les marchés de fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense et pour les marchés de service de recherche et de développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;
- 5 186 000 euros HT pour les marchés de travaux.

I.1.3. Les « petits lots » d'un marché formalisé (article 27-III CMP)

Peuvent être passés selon la procédure adaptée, les lots inférieurs à 80 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services et à 1 000 000 euros HT dans le cas des marchés de travaux, à la condition que le montant cumulé des lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots.

Ex: Un marché de nettoyage (marché de service) est alloté de la façon suivante :

Lot 1 : Prestations de nettoyage – Paris (montant estimé : 300 000 euros HT) ;

Lot 2 : Prestations de nettoyage – Petite couronne (montant estimé : 130 000 euros HT) ;

Lot 3 : Prestations de nettoyage – Grande couronne (montant estimé : 20 000 euros HT).

La valeur totale du marché est estimée à 450 000 euros HT.

Supérieur au seuil de l'article 26, le marché doit être passé en procédure formalisée. Le lot n°3 s'apparente à un petit lot, et pourra être passé en procédure adaptée. Il respecte, en effet, les deux conditions cumulatives posées par le code :

– Il est inférieur à 80 000 euros HT ;

– Son montant (20 000 euros HT) n'excède pas 20% de la valeur de la totalité des lots

(20% de 450 000 euros HT = 90 000 euros HT).

4. Les achats de moins de 15 000 euros HT des pouvoirs adjudicateurs peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence : voir la fiche technique « Quelles mesures de publicité et de mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 15.000 euros HT ? »



La détermination de la valeur estimée des besoins au regard des notions d'opérations et de prestations homogènes doit faire l'objet d'une attention particulière (article 27 du CMP). Les acheteurs publics ne doivent pas découper le montant de leurs marchés, dans le seul but de bénéficier de l'allègement des obligations de publicité et de mise en concurrence, aux dépens de la sécurité juridique des contrats ainsi conclus. Des prestations homogènes doivent être comptabilisées ensemble pour le calcul des seuils.

Le « saucissonnage » pour permettre le recours au MAPA est illégal.

1.2. Les MAPA en raison de leur objet

L'article 30 du code concerne les catégories de services dits « non prioritaires », que les directives communautaires soumettent à une procédure allégée. En raison de la spécificité de ces marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire.

Ex: Marchés de services juridiques, de services sociaux et sanitaires ou de services récréatifs, culturels et sportifs

2. Quels documents sont nécessaires pour conclure un MAPA ?

Le contenu du dossier de consultation ainsi que le formalisme contractuel sont liés aux caractéristiques du marché. Le choix entre la rédaction d'une simple lettre de commande ou la rédaction d'un cahier des charges et ses pièces techniques va dépendre de plusieurs paramètres et notamment du prix, de l'objet et de la nature des prestations envisagées (condition de réalisation des prestations et degré de complexité).

S'il appartient au pouvoir adjudicateur de définir, pour chaque MAPA, le contenu de son dossier de consultation, la présence de certains éléments est obligatoire.

2.1. Un écrit est obligatoire au dessus de 15 000 euros HT, mais sa forme est libre

Les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT sont passés sous la forme écrite. La rédaction d'un contrat écrit, même simplifié, permet d'en-cadrer l'exécution du marché.

La forme de l'écrit est libre⁵. Au dispositif de l'acte d'engagement peut être préféré tout autre écrit : lettre, contrat, devis accompagné de l'accord du pouvoir adjudicateur, courriel,...

Il apparaît souvent pertinent, pour recueillir la signature des candidats et l'engagement du futur titulaire sur la prestation et son prix, de fournir aux candidats un acte d'engagement à compléter et signer. La souplesse de la procédure adaptée doit cependant être préservée. La fixation de règles internes trop rigides, sans utilité pour la qualité de l'achat, est à proscrire : la confection des pièces a un coût pour l'administration et pour les entreprises.

Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir effectuer ses achats de manière simple et rapide. Dès lors que l'offre est pertinente et le prix raisonnable, l'acheteur doit pouvoir contrac-

5. En application de certaines réglementations, la forme écrite des marchés à procédure adaptée est obligatoire quel que soit le montant : marché d'assurance, marché de maîtrise d'œuvre passé en application de la loi MOP.

ter. L'acheteur devra conserver une trace de ses modalités d'achat. Cette traçabilité est proportionnée à l'achat effectué (copie de courriels, ou de catalogues, devis, résultats des comparaisons de prix,...).

2.2. La rédaction d'un cahier des charges est facultative mais fortement recommandée

2.2.1. La définition des besoins est indispensable

Un bon achat suppose une définition préalable du besoin. Elle permet aux candidats de remettre une offre pertinente et de fixer un prix adapté à la prestation à réaliser.

On prendra garde que la définition des besoins doit être proportionnée à leur réalité. Une définition insuffisante suscite, souvent, des offres inappropriées et, toujours, des difficultés dans l'exécution. Au contraire, une définition excessivement précise, empêche les candidats de faire valoir leur savoir-faire spécifique, bride la négociation et nuit à une meilleure adaptation aux besoins.

Les prestations peuvent être définies, soit par référence à des normes, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles (art. 6 du CMP). Les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte (niveau de performances environnementales, caractéristiques d'accessibilité, processus et méthode de production,...).

Une définition des besoins, par référence aux résultats des prestations souhaitées par le pouvoir adjudicateur, peut suffire. Les finalités exprimées par l'acheteur permettent à l'entreprise spécialisée de proposer une offre adaptée à ses besoins.

Ex : Pour un marché d'imprimantes, la détermination de la finalité de l'achat (impression de documents), de sa fréquence d'utilisation (capacité d'impression de 1 000 pages par jour) et de la quantité voulue (une imprimante par service), dans la lettre de consultation envoyée par le pouvoir adjudicateur peut suffire, sans qu'il soit besoin de préciser toutes les spécifications techniques.

2.2.2. Le cahier des charges permet à l'acheteur de définir ses besoins

Le cahier des charges sert à définir le besoin de l'acheteur. Si sa rédaction, en procédure adaptée, n'est pas obligatoire, elle est néanmoins utile. Le renvoi au CCAG adéquat peut être conseillé car il permettra de prévenir d'éventuelles difficultés d'exécution. Cependant, l'acheteur doit veiller à ce que les clauses du CCAG correspondent à son besoin et mentionne, le cas échéant, les articles du CCAG auxquels il entend déroger.

Ex : Pour certains marchés, notamment de faible montant, un simple courriel adressé aux candidats potentiels porteur de la mention : «*Le présent contrat sera soumis au CCAG X, à l'exception des articles [énumérer les articles]*» suffit. Cette soumission sera confirmée auprès de l'attributaire au moment de la notification.

2.3. L'exigence d'un règlement de consultation

Le règlement de la consultation peut, en procédure adaptée, se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre⁶.

Il revient au pouvoir adjudicateur, en fonction des caractéristiques du besoin, du nombre et de la localisation des opérateurs économiques, de déterminer la précision du règlement de consultation adapté au marché envisagé, pour permettre, à la fois, de garantir l'égalité entre les candidats et d'être assuré de satisfaire son besoin.

6. Article 42, alinéa 2 du CMP.



Même pour un marché peu complexe, les candidats doivent pouvoir bénéficier d'une information optimale. Le règlement doit prévoir les grandes étapes de la procédure, et notamment le principe et les conditions de la négociation ainsi que les critères de sélection des offres (voir point 4).

Le règlement de la consultation est facultatif si toutes ces mentions figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

3. Comment définir les mesures de publicité adaptées à son achat ? ⁷

3.1. En-deçà du seuil de 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité⁸

L'acheteur public, responsable des deniers publics, veillera à choisir une offre financièrement raisonnable et cohérente avec la nature de la prestation.

S'il possède une connaissance suffisante du secteur économique, il peut effectuer son achat sans démarches préalables.

S'il ne possède pas de connaissances particulières du secteur économique, l'acheteur doit effectuer son achat comme tout particulier avisé, c'est-à-dire après s'être renseigné et avoir procédé à des comparaisons. Une demande de devis à quelques fournisseurs repérés est toujours utile : elle permet, en effet, de mettre en concurrence même de manière sommaire, plusieurs fournisseurs potentiels.

Attention ! La confection de devis a un coût pour les entreprises. L'acheteur public évitera donc de les solliciter inutilement, en multipliant les demandes récurrentes de devis pour des prestations de faible montant.

3.2. Entre 15 000 et 90 000 euros HT : les modalités de publicité dépendent du montant, des caractéristiques et du secteur économique concerné

3.2.1. Publicité n'est pas publication

Tout marché public supérieur au seuil de 15 000 euros HT doit faire l'objet d'une publicité (articles 28 et 40-I du CMP).

L'obligation de publicité n'implique pas forcément publication⁹, notamment pour les achats de faible montant. La sollicitation notamment par moyens dématérialisés de plusieurs prestataires ou fournisseurs de services peut même constituer en elle-même un élément de publicité suffisant, si elle s'avère adaptée au marché. Une publication n'est donc pas nécessaire pour garantir l'impartialité et la non-discrimination¹⁰.

Ex : La consultation des opérateurs peut se faire par courriel, fax, ou courriers¹¹. Elle n'implique pas forcément pour l'acheteur une publication.

7. Voir sur ce sujet le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 10.3.

8. Voir en ce sens la fiche technique « Quelles mesures de publicité et de mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 15.000 euros HT ? ».

9. CJUE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (CONAME)*, C-231/03.

10. Conclusions sous CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98.

11. Réponse ministérielle n°18838, JOAN, 2 avril 2013, p.3582.

Une publication peut néanmoins s'avérer nécessaire, compte tenu de l'objet du marché, de son montant, de ses caractéristiques ou du secteur économique concerné.

Elle peut faire l'objet d'une publicité dans la presse. Lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse spécialisée ou au *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics* (BOAMP) apparaît d'un coût disproportionné au montant et aux circonstances de l'achat, d'autres moyens de publicité sont disponibles : l'utilisation du profil d'acheteur¹², la communication dans la presse, renvoyant au profil d'acheteur ou à son site internet ; l'utilisation du bulletin municipal ou l'affichage en mairie par exemple¹³.

La procédure adaptée laisse donc à chaque acheteur une grande liberté d'appréciation dans le choix de sa publicité, dès lors qu'il sera à même de justifier de la qualité de son achat et de la transparence de son choix.

L'objectif est de trouver une juste mesure entre l'efficacité de l'achat, qui suppose un minimum de mise en concurrence et l'équilibre économique de l'opération. L'investissement consacré à la mise en concurrence ne doit pas constituer un élément excessif de surcoût (frais de personnel, de publication et de traçabilité de la commande dès le 1^{er} euro).

3.2.2. Le choix de la publicité ne peut être fondé sur le seul montant du marché

Le choix du support de publicité doit être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées, à l'urgence du besoin, et assurer une audience suffisante. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire. Le montant n'est donc pas le seul élément à prendre en compte.

Les mesures de publicité doivent donc être déterminées *in concreto*. Elles sont librement définies par le pouvoir adjudicateur qui doit s'assurer qu'elles sont « *appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* »¹⁴.

3.2.3. La publicité doit assurer une concurrence réelle

Pour un marché de faible montant, une demande de devis à quelques entreprises locales susceptibles de fournir la prestation pourra être suffisante¹⁵. En revanche, dans un secteur très concurrentiel et pour un marché de montant conséquent, la publicité devra être précise et diffusée largement, afin de garantir les meilleures conditions de concurrence.

Seule une publicité susceptible de toucher le secteur économique visé peut être considérée comme adaptée. Dès lors, il incombe à l'acheteur d'apprécier si le marché qu'il entend passer est un marché d'intérêt local, national ou européen et de réaliser une publicité appropriée.

12. Le profil d'acheteur est le « *site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats* » (art 39 CMP)

13. Rappelons cependant que le BOAMP, les journaux légaux et les journaux spécialisés offrent des conditions de tarif très avantageuses pour les marchés de ces montants.

14. CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas de Calais*, n°278732.

15. Conclusions N. Boulouis sur CE, 10 février 2010, *M. Perez*, n°329100.



Ex : L'achat de places pour les matches de l'Olympique Lyonnais peut se faire sans mise en concurrence

Le Conseil d'Etat illustre, pour la première fois, la notion d'absence de mise en concurrence et de publicité lorsque « ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré » (article 28-II CMP). L'acquisition de places par le conseil général du Rhône pour assister à des matches de l'Olympique Lyonnais constitue un marché public. Ces prestations ont un caractère unique : une mise en concurrence pour l'achat spécifique de ces billets, dont seul le club de football est le distributeur, s'avérerait impossible au sens des dispositions de l'article 28-II du CMP.

CE, 28 janvier 2013, *Département du Rhône*, n°356670.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, une publicité effectuée sur le seul profil d'acheteur peut être suffisante. Le Conseil d'Etat refuse d'interdire aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à la seule publication des avis d'appel public à la concurrence sur leur profil d'acheteur¹⁶. Cependant, ce moyen de publicité ne peut être un moyen unique suffisant que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché. Pour des sites à audience réduite, ce mode d'information ne doit être utilisé que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

La publicité adaptée est donc appréciée au regard d'un faisceau d'indices appliqué à la procédure examinée. Son degré peut influencer sur le nombre d'offres déposées : la publicité faite sur de multiples supports en entraînant une plus grande visibilité est susceptible d'être vue par de nombreux opérateurs, alors tentés de déposer une offre.

Ex : La construction d'une antenne du Louvre à Lens.

La publication d'un avis de publicité dans *La Voix du Nord*, journal d'annonces légales, doublée d'une publication sur le site internet de la collectivité, pour un marché à procédure adaptée de 35 000 euros HT était insuffisante, compte tenu de l'objet du marché et malgré son montant limité. Le constat de l'insuffisance de la publicité effectuée par la région Nord-Pas-de-Calais était dû au fait que le marché concerné exigeait des candidats la présentation de références récentes de prestations faites dans de grands musées. En outre, un tel marché, de par sa spécificité et le prestige s'attachant à sa réalisation, était susceptible d'intéresser des opérateurs économiques autres que locaux.

CE, 7 octobre 2005, *Région-Nord-Pas-de-Calais*, n°278732.

3.2.4. La publicité doit être précise

Elle doit toujours être faite par le pouvoir adjudicateur lui-même.

Les acheteurs publics sont libres de déterminer le contenu de leur avis d'appel public à la concurrence. Doivent cependant être au moins portées à la connaissance des candidats potentiels les informations suivantes : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché, et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères¹⁷.

3.3. Entre 90 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée : une publicité réglementée

Sauf pour les marchés de services de l'article 30 pour lesquels aucun support de publicité n'est imposé même au-delà de 90 000 €HT¹⁸, les avis d'appel public à la concurrence doivent être publiés soit dans le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL). Dans les deux

16. CE, 4 juillet 2012, *Cabinet Froment-Meurice*, n°353305.

17. CE, Sect., 30 janvier 2009, *Agence nationale pour l'emploi (ANPE)*, n°290236

18. Article 30 II-1° du code des marchés publics.

cas, ils doivent également être publiés sur le profil d'acheteur (article 40 CMP). Le modèle en est fixé par un arrêté du 27 août 2011 du ministre chargé de l'économie.

Le montant estimé du marché, sa complexité, ses caractéristiques techniques et les secteurs économiques concernés sont autant de critères qui devront guider l'acheteur dans le choix de la publicité. Ainsi, le code impose, en outre, aux acheteurs de compléter ces avis, s'ils estiment que cela est nécessaire pour garantir un degré de publicité adéquat, par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée¹⁹. C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, la nécessité d'une telle publication complémentaire.

Ex : La publicité opérée dans un journal d'annonces légales local, pour la rénovation d'orgues d'église, n'apparaît pas suffisante et nécessitera, par exemple, une publication dans une revue spécialisée.

Les avis publiés à titre complémentaire peuvent ne pas reprendre la totalité des informations, qui figurent dans l'avis publié à titre principal, à la condition qu'ils mentionnent les références précises de cet avis.

L'utilisation du modèle national demeure obligatoire pour les marchés dont le montant est supérieur à 90 000 euros HT. En revanche, son utilisation n'est pas exigée pour la publicité complémentaire obligatoire faite dans un journal spécialisé, ainsi que pour la publicité facultative effectuée dans tout support.

| Récapitulatif des règles de publicité | | | |
|--|--|---|-----------|
| Champ d'application | Montant | Objet du marché : services, fournitures, travaux | Articles |
| Tous les marchés | X < 15 000 euros HT | Publicité non obligatoire | 28-al 4 |
| Marchés relevant de l'article 28 CMP | 15 000 <X< 90 000 euros HT | Publicité adaptée : libre choix des supports | 40-II |
| | 90 000 <X< seuils des procédures formalisées | JAL ou BOAMP et Publicité obligatoire sur le profil d'acheteur Eventuellement, publicité complémentaire dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique | 40-III-1° |
| Marchés de services relevant de l'article 30 CMP | Quel que soit le montant du marché | Publicité adaptée : libre choix des supports | 40-II |

4. Comment assurer une mise en concurrence effective en procédure adaptée ?

La libre détermination des modalités de mise en concurrence confère aux pouvoirs adjudicateur de larges marges de manœuvre.

19. Cette publication doit alors être effectuée dans les conditions précisées par l'arrêté du 27 août 2011.



Cette liberté se caractérise, par exemple, dans le choix laissé au pouvoir adjudicateur de fixer le délai de remise des candidatures et des offres ou dans le recours à la négociation. Celle-ci permet, en effet, à l'acheteur public de négocier le contenu des prestations ou l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, à la différence d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, où le cahier des charges joint au dossier de consultation des entreprises est intangible.

Attention ! Le pouvoir adjudicateur devra être en mesure de prouver la réalité de la consultation notamment le cas échéant, par la production de pièces probantes. La conservation de ces pièces (avis de publicité, correspondances entre les parties, devis, ...) et la rédaction de documents de suivi de la procédure (historique du déroulement de la consultation, registre du dépôt des candidatures et des offres, comptes-rendus de négociation) permettront au pouvoir adjudicateur de justifier du bien-fondé de ses choix, si ceux-ci s'avèrent ensuite contestés.

4.1. Les délais de remise des candidatures et des offres doivent permettre à tous les candidats potentiels de concourir

La détermination des délais de remise des candidatures et des offres est laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. Elle doit tenir compte du montant du marché, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats.

Ces délais, portés à la connaissance des candidats, doivent permettre aux opérateurs économiques intéressés de préparer leur dossier de candidature et leur offre.

Ex : Un délai de remise des offres de 16 jours est insuffisant pour un marché s'élevant à 60 000 euros HT et pour lequel la visite des lieux s'imposait²⁰.

Le délai de remise des plis est calculé à compter de la date de publication de l'avis de marché et non à compter de la date d'envoi à l'organe assurant la publicité²¹. En l'absence de publication, le délai de remise des plis est calculé à partir de la date à laquelle l'entreprise est sollicitée par le pouvoir adjudicateur (par exemple, si un devis a été demandé).

Attention ! A défaut de publication d'un AAPC, l'acheteur, devra veiller à ce que la sollicitation directe des opérateurs intervienne concomitamment. Un envoi étalé dans le temps d'une demande de devis serait susceptible de rompre l'égalité de traitement entre candidats.

4.2. La sélection des candidatures doit respecter les exigences posées par le CMP

Les renseignements demandés au titre de la candidature doivent être nécessaires.

Le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public²².

L'information appropriée des candidats sur les critères de choix des candidatures est nécessaire, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, le cas échéant, dans le règlement de consultation, notamment pour les marchés précédés d'une consultation au moyen de devis.

20. TA de Lille, 16 mars 2011, *Société Fornells*, n°1101226.

21. CE, 5 août 2009, *Région Centre*, n°307117.

22. CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés*, n°344617.

L'information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique les documents et renseignements, au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures. Si le pouvoir adjudicateur fixe des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent, aussi, être portés à la connaissance des candidats²³.

Ces renseignements porteront sur la capacité technique et professionnelle (descriptif des moyens humains et matériels, compétences, ...) et financière (chiffre d'affaires, déclaration appropriée d'une banque, ...) de l'opérateur économique.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimums de capacité, ces derniers doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Cette règle est encore plus stricte en procédure adaptée : le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas demander aux entreprises, et notamment aux PME, des pièces excessives qui s'avèrent superflues.

Un acheteur public peut exiger des candidats qu'ils justifient de leur capacité technique au moyen d'un certificat de qualification professionnelle. L'exigence d'un tel certificat ne doit pas avoir pour effet de limiter arbitrairement l'accès à la commande publique des opérateurs économiques. L'acheteur public doit donc permettre aux candidats d'apporter tout moyen de preuve équivalent à ces certificats²⁴.

En raison de leurs montants, de nombreuses entreprises nouvellement créées candidatent souvent à des marchés passés selon une procédure adaptée. Les entreprises de création récente peuvent se voir demander des pièces dont elles ne disposent pas. C'est notamment le cas du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années. Facteur d'innovation et de croissance économique, il est pourtant important que les sociétés créées récemment puissent accéder aux marchés publics. Le pouvoir adjudicateur devra donc veiller à autoriser les candidats, de manière systématique, à prouver leurs capacités financières par tout autre moyen qu'il juge équivalent à ceux listés par l'arrêté du 28 août 2006²⁵. Il peut ainsi être demandé aux candidats de fournir, en remplacement des bilans, une « déclaration appropriée de banque »²⁶.

Attention ! L'acheteur ne doit en aucun cas exiger d'autres renseignements ou documents que ceux mentionnés à l'article 45 du code. De trop nombreux acheteurs demandent aux candidats l'ensemble des documents relatifs à leurs capacités. Des demandes excessives ont un coût inutile pour l'entreprise et pour le pouvoir adjudicateur. Les renseignements demandés doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser.

4.3. La procédure adaptée permet une mise en œuvre plus souple des critères de sélection des offres

Pour tous les marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation, informer les candidats des critères de sélection des offres, ainsi que de leurs conditions de mise en œuvre, selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné²⁷. En revanche, il n'est pas tenu de rendre publique sa méthode de notation.

23. CE, 24 février 2010, *Communauté des Cnes l'Enclave des Papes*, n°333569.

24. Réponse ministérielle n°11666, JO Sénat, 6 mai 2010, p.1144.

25. CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint Benoît*, n°356455.

26. Réponse ministérielle n°101273, JOAN, 17 mai 2011, p. 5148.

27. CE, 30 janvier 2009, *ANPE*; précité. CE, 3 juin 2009, *Cne de Saint Germain en Laye*, n°311798.



4.3.1. L'existence de spécificités dans le choix des critères d'attribution

En procédure adaptée, l'expérience du candidat peut être un critère d'attribution des offres.

Sa prise en compte doit néanmoins être rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, sans effet discriminatoire²⁸.

Attention ! L'expérience professionnelle des candidats peut, dans certains cas, être retenue comme un critère de sélection des offres. Son utilisation doit néanmoins demeurer exceptionnelle. Elle concerne la passation de certains marchés, qui ont souvent pour objet des prestations de caractère intellectuel, comme les marchés de services juridiques. Pour de tels marchés, ni le prix, ni le délai d'exécution, ni le caractère innovant ne paraissent pertinents et de nature à permettre au pouvoir adjudicateur de sélectionner la meilleure offre. Face à cette problématique, le pouvoir adjudicateur pourra mesurer la qualité technique de l'offre au regard de l'expérience du soumissionnaire.

Pour ne pas être considéré comme discriminatoire, l'emploi de l'expérience comme critère d'attribution ne doit pas avoir pour effet de conférer, par l'importance de sa pondération, un avantage déterminant au candidat ayant le plus d'expérience.

4.3.2. Les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres sont laissées à la discrétion du pouvoir adjudicateur

La pondération des critères de choix, obligatoire en procédure formalisée, ne l'est pas en procédure adaptée²⁹. Son usage est cependant recommandé car cette méthode facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et garantit le respect de l'égalité des candidats. Elle permet à chaque opérateur de connaître, avec précision, l'appréciation faite sur chaque élément de son offre.

4.3.3. Les variantes sont autorisées par principe

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les candidats peuvent proposer des variantes. Le pouvoir adjudicateur peut cependant mentionner dans les documents de la consultation qu'il les interdit. Dans le silence du pouvoir adjudicateur, les variantes sont autorisées, ce qui n'est pas le cas en procédure formalisée³⁰.

Le pouvoir adjudicateur pourra mentionner dans les documents de la consultation, de manière succincte, les exigences minimales, ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences seront prises en considération.

Ne pas interdire les variantes constitue un moyen privilégié d'assurer une véritable adéquation entre les besoins de la personne publique et les offres des candidats. Les variantes permettent, en particulier pour les marchés passés en procédure adaptée, d'éviter que les acheteurs soient contraints de proposer un cahier des charges intangible et ouvrent la possibilité pour l'acheteur de bénéficier d'une prestation innovante, éventuellement à un meilleur prix. Elles sont également un moyen de favoriser les solutions innovantes, auxquelles le pouvoir adjudicateur n'avait pas pensé.

28. CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grandes Causses*, n°348254.

29. CE, 26 septembre 2012, *GLE « Groupement des poursuites extérieures »*, n°359389.

30. En procédure formalisée, les variantes doivent être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. A défaut, elles sont interdites.

4.4. La négociation doit être annoncée

4.4.1. La décision de négocier

Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation.

Le recours à la négociation, en procédure adaptée, permet de favoriser la concurrence : elle doit permettre de retenir l'offre la plus compétitive et la mieux adaptée aux besoins et garantir ainsi une bonne utilisation des deniers publics. Outre l'éventuel gain financier, l'intérêt de la négociation réside avant tout dans l'aspect qualitatif de l'offre, notamment dans la mise au point des conditions d'exécution du cahier des charges.

La négociation devra être menée méthodiquement, afin de garantir l'égalité de traitement et assurer la transparence de la procédure. La traçabilité de la négociation avec chacun des candidats est importante. La communication d'une liste identique de questions adressées à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes-rendus de négociation ou l'établissement d'une grille de négociation, peut s'avérer utile, afin de faciliter le suivi et le choix final de l'offre. Cette documentation permettra de prouver, le cas échéant, que l'ensemble des candidats a été invité à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques. La négociation permet aussi d'éclaircir ou de justifier la consistance de certaines offres : dans ce cas, les questions posées à chaque candidat peuvent être, bien sûr, différentes.

Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation³¹, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

La formule selon laquelle l'acheteur se réserve la possibilité de recourir à la négociation est discutée en jurisprudence. Dans la mesure où ce type de clause empêche toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, la DAJ recommande que la position du pouvoir adjudicateur soit claire : soit il prévoit de négocier et il est alors tenu, sans réserve, de le faire, soit il ne le prévoit pas et il ne peut pas négocier.

4.4.2. Le choix des candidats admis à la procédure

La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats³². Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre. Aucun texte ne fixe un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir.

Retenir dans la négociation un nombre trop important de candidats est une perte de temps et donc un coût pour l'acheteur public comme pour les entreprises. Il est difficile, en outre, pour un petit acheteur public de négocier en même temps avec plus de deux ou trois candidats.

Le pouvoir adjudicateur peut admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée. Aucune obligation d'accorder cette faculté de régularisation ne pèse sur l'acheteur³³.

31. Voir en ce sens le point 12.1.1 du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

32. CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense et des Anciens Combattants*, n°353121.

33. CE, 30 novembre 2011, n°353121, précité.



L'acheteur est tenu d'éliminer les offres qui, à l'issue de la négociation, restent irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

Une fois la négociation terminée, le pouvoir adjudicateur doit, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, classer les offres finales, en appliquant les critères de choix définis dans les documents de la consultation.

4.4.3. Le contenu de la négociation

La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments, limitant la négociabilité des offres.

Le pouvoir adjudicateur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues. Une négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse³⁴.

Il est ainsi possible de négocier, par exemple, sur :

- la qualité : le niveau de qualité, son incidence sur le prix, ... ;
- le délai : temps de livraison, réactivité, ... ;
- la quantité : le volume nécessaire, la fréquence des commandes, ... ;
- le prix ou ses éléments : le coût de l'acquisition, le coût du stockage, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, ...

Attention ! Une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Mener une négociation exclusivement fondée sur le prix ou imposer des conditions de réalisation inexécutables revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants.

La négociation ne peut, non plus, servir de prétexte à la modification des caractéristiques principales du marché, telles que son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. Elle ne peut conduire l'acheteur à renoncer à l'application d'un des critères retenus dans le règlement de consultation³⁵. La réalisation d'une telle hypothèse rendrait nécessaire une nouvelle mise en concurrence.

Une négociation demande des acheteurs compétents et conscients de leur double responsabilité : à l'égard du bon usage des deniers publics, comme à l'égard des entreprises et notamment des petites et moyennes entreprises.

Attention ! L'attention des acheteurs est tout particulièrement appelée sur le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux.

5. Comment achever la procédure adaptée ?

5.1. Un rapport de présentation facultatif

Les marchés passés selon une procédure adaptée sont dispensés de la production d'un rapport de présentation (article 79 du CMP).

34. Voir en ce sens la fiche technique relative à l'offre anormalement basse.

35. CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n°344244.

Il est néanmoins recommandé à l'acheteur public, de prendre toutes les mesures propres à assurer la sauvegarde des informations lui permettant de justifier de la régularité de la procédure et de son choix : procédures de publicités éventuelles, retraits des dossiers, dépôt des candidatures et des offres, ... (voir supra point 4.).

5.2. L'information immédiate des candidats évincés³⁶

Les marchés passés selon une procédure adaptée ne sont soumis ni à l'obligation d'information immédiate des candidats évincés³⁷, ni au respect d'un délai de suspension de la signature prévu au I de l'article 80 du CMP³⁸.

L'acheteur public peut toujours, cependant, se soumettre volontairement à cette formalité. L'information immédiate présente l'avantage de faire connaître aux candidats non retenus les motifs de leur éviction et d'anticiper toute contestation ou demande d'informations ultérieures.

Il s'agit aussi d'une mesure d'élémentaire courtoisie, propre à instaurer de bonnes relations avec des entreprises qui seront, peut-être, de futurs fournisseurs et qui aide les entreprises à organiser la programmation de leur travail.

L'absence de ce délai de suspension rend possible une signature rapide du marché à procédure adaptée par les parties. Elle ferme alors le référé précontractuel aux candidats évincés.

Les acheteurs peuvent parfois avoir intérêt à s'astreindre volontairement à ces formalités, pour éviter les contestations du contrat après sa signature. Ils doivent alors :

- envoyer au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) un avis relatif à l'intention de conclure le contrat. Cet avis remplace alors la décision d'attribution. Il doit être établi conformément au modèle communautaire³⁹ ;
- respecter un délai de 11 jours, entre la date de publication de cet avis et la signature du marché.

Si ces deux formalités sont respectées, permettant ainsi aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel, le contrat ne pourra plus faire l'objet d'un référé contractuel, après sa signature.

5.3. L'information à la demande des candidats évincés

L'acheteur public est tenu de communiquer à tout candidat qui en fait la demande par écrit, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Toutefois, si le pouvoir adjudicateur a notifié volontairement, de façon complète, aux candidats évincés les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions, en application de l'article 80, il n'est pas tenu de communiquer, à nouveau, ces motifs.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment : avant comme après la signature du marché.

Les motifs doivent être suffisamment détaillés de sorte que le candidat puisse utilement, le cas échéant, contester le rejet qui lui est opposé.

36. Voir en ce sens la fiche technique relative à l'information des candidats évincés.

37. CE, 19 janvier 2011, *Grand Port Maritime du Havre*, n°343435.

38. CE, 11 décembre 2013, *société antillaise de sécurité*, n°372214.

39. « Avis de transparence ex ante volontaire » : http://simap.europa.eu/docs/simap/pdf_jol/fr/sf_015_fr.pdf



L'acheteur public communique, en outre, aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, 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, en prenant garde de ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial.

L'information des candidats relative aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue inclut la communication de la notation obtenue sur les sous-critères dès lors que ceux-ci sont susceptibles, en raison de l'importance de leur pondération, d'exercer une influence sur la présentation des offres⁴⁰. Sauf à ce que le pouvoir adjudicateur établisse qu'il en résulterait une atteinte au secret industriel et commercial, cette communication comprend également, si la demande en est faite, les délais d'exécution ou le prix global de l'offre de l'attributaire dès lors que ces éléments font l'objet des critères de sélection des offres⁴¹. En revanche, cette information n'impose pas que les motifs qui ont justifié les notes obtenues soient communiqués⁴².

5.4. La notification du marché est obligatoire

Après avoir été conclu et afin de présenter un caractère exécutoire, tout marché à procédure adaptée d'un montant supérieur à 15 000 euros HT doit être notifié à son attributaire, en application des dispositions de l'article 81 du code des marchés publics.

L'acheteur public est toutefois libre du choix du support et de la forme de la notification (lettre, télécopie, courriel, ...). Pour les achats de très faible montant, l'achat (facture) peut valoir notification.

5.5. Hormis le cas des marchés de services d'un certain montant relevant de l'article 30 du CMP, la publication d'avis d'attribution n'est pas indispensable

A l'exception des marchés de services de l'article 30 dont le montant est égal ou supérieur au seuil défini à l'article 85 du code des marchés publics, l'obligation de publier un avis d'attribution n'est pas applicable aux marchés passés selon la procédure adaptée. L'intérêt de cette publication est de réduire le délai de recours du référé contractuel de 6 mois à 1 mois (article 85-1 du CMP).

La publication d'un tel avis permet également de faire courir le délai de 2 mois du recours en contestation de validité du contrat, à condition que l'avis mentionne à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation, afin de pouvoir être regardé comme une mesure de publicité appropriée.

40. CE, 7 novembre 2014, *syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, n°384014.

41. CE, 11 mars 2013 et 29 mai 2013, *Ministre de la défense c/ société Aéromécanic*, n°364827.

42. Conclusions du rapporteur public sur l'arrêt du CE, 7 novembre 2014, *syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, précité.

Articles du CMP applicables expressément aux MAPA

| Article | Contenu | Renvoi fiche |
|--------------|---|--------------|
| 6-I | Spécifications techniques | 2.3 |
| 26-II et III | Conditions de recours aux MAPA | 1 |
| 27-III | | |
| 28 | Définition du MAPA | Introduction |
| 30 | Champ d'application des marchés de services non prioritaires ⁽¹⁾ | 1 |
| 40 | Publicité | 3 |
| 42 | Règlement de consultation | 2.4 |
| 50-II | Variantes | 4.3.3 |
| 56 | Signature électronique en MAPA | |
| 69-III | MAPA et marché de conception-réalisation | |
| 73-III | MAPA et marché associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance | |
| 74-II | MAPA et marché de maîtrise d'œuvre | |

Articles du CMP de portée générale, applicables aux MAPA

| Article | Contenu | Renvoi fiche |
|----------|--|--------------|
| 1 | Principes fondamentaux de la commande publique | Introduction |
| 5 | Définition des besoins | 2.3 |
| 7 à 9 | Coordination, groupement de commandes et centrales d'achats | |
| 10 | Allotissement | |
| 11 | Forme écrite des marchés dont le montant est supérieur à 15 000 euros HT | |
| 14 | Clauses sociales et environnementales | |
| 15 à 20 | Marchés réservés, durée et prix du marché, avenants | |
| 32 | Modalités de transmission des documents et informations | |
| 41 | Documents de la consultation | |
| 44 à 47 | Candidature | |
| 51 | Groupement d'opérateurs économiques | |
| 52 à 55 | Sélection des candidatures et des offres | 4.3 |
| 72 | Marchés à tranches conditionnelles | |
| 76 et 77 | Accords-cadres et marchés à bons de commande | |
| 81 | Obligation de notification | |
| 83 | Information à la demande des candidats évincés | 5.3 |
| 86 à 118 | Exécution des marchés (régime financier, sous-traitance et exécution complémentaire) | |



Articles du CMP non applicables aux MAPA (visant expressément les procédures formalisées)

| Article | Contenu | Renvoi fiche |
|----------|--|--------------|
| 12 et 13 | Obligation d'établir un AE et un cahier des charges | 2.1 et 2.2 |
| 26-I | Définition des procédures formalisées | |
| 39 | Obligation de publier un avis de pré information | |
| 50-I | Variantes en procédure formalisée | |
| 53-II | Obligation de pondération des critères de sélection des offres | 4.3.2 |
| 79 | Obligation de rédiger un rapport de présentation | 5.1 |
| 80 | Respect du délai de suspension dit de standstill | 5.2 |
| 81, al.2 | Forme de la notification d'attribution | 5.4 |
| 85 | Envoi de l'avis d'attribution (incluant les marchés de l'article 30) | 5.5 |

(*) Voir en ce sens la fiche question/réponse relative aux marchés de services : article 29 ou 30 ? accessible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>

FICHE **15****Quelles mesures de publicité et de mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 15 000 euros HT ?**

Les articles 28 et 203 du code des marchés publics fixent à 15 000 euros HT¹ le seuil de dispense de procédure pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à la première partie du code des marchés publics² et les personnes soumises à la troisième³ partie du code relative aux marchés de défense ou de sécurité.

L'article 146 du code des marchés publics fixe ce seuil à 20 000 euros HT pour les entités adjudicatrices⁴ soumises à la deuxième partie du code.

I. Les achats de moins de 15 000 euros HT des pouvoirs adjudicateurs

En dessous du seuil de 15 000 euros HT, trois règles permettent à l'acheteur public d'effectuer son achat en bon gestionnaire, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique⁵.

I.1. Les trois règles garantissant le respect des principes fondamentaux de la commande publique

Trois règles permettent de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 15 000 euros HT et que l'acheteur décide que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables, il doit veiller à :

- choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin ;
- respecter le principe de bonne utilisation des deniers publics ;
- ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

1. Le seuil de dispense de procédure a été relevé à 15 000 euros HT par l'article 118 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives et par les articles 3 et 8 du décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics.

2. L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

3. L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel, y compris lorsqu'ils exercent l'une des activités d'opérateurs de réseaux.

4. Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135 du CMP.

5. Réponse ministérielle n° 00687 du 7 mars 2013, JO Sénat, p. 781.

1.2. La mise en œuvre de ces trois règles de bonne gestion

1.2.1. Le choix d'une offre répondant de manière pertinente au besoin

L'acheteur public doit garder à l'esprit les règles relatives à la computation des seuils (art. 27 du CMP). La détermination de la valeur estimée des besoins au regard des notions d'opération et de prestations homogènes doit donc faire l'objet d'une attention particulière. L'acheteur ne doit pas découper son besoin dans le but de pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense de procédure (cf. point 8 « Comment savoir si on dépasse un seuil ? » du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics).

Les achats de moins de 15 000 euros HT sont soumis aux obligations relatives à la définition préalable des besoins (art. 5 du CMP et point 4 « Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ? » du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics). L'acheteur public devra donc déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. L'offre choisie sera celle qui respectera ses exigences et qui aura pour objet exclusif de répondre aux besoins exprimés. En d'autres termes, l'acheteur évitera de choisir des prestations superflues qui auront notamment pour effet de peser sur le coût final.

Exemple : si le besoin exprimé est un téléviseur destiné à équiper une salle de classe, afin d'y diffuser des documentaires, de regarder des émissions de télévision et de visionner des photos ou des films, l'acheteur devra, au préalable, se poser quelques questions évidentes : « l'utilisation sera-t-elle fréquente ? », « une location ponctuelle suffirait-elle ? », « à quelle distance de l'écran seront situés les élèves ? », « correspond-il à la configuration des lieux ? », « le téléviseur est-il doté des connectiques adaptées à ma future utilisation ? », « est-il compatible avec le matériel que je possède ? », « quel est le budget disponible ? ». Dans ce cas précis, un écran cinéma capable d'afficher des images en 3D ne paraît pas correspondre au besoin.

1.2.2. La bonne utilisation des deniers publics

L'acheteur public gère des deniers publics. Il doit être très vigilant quant à leur destination. Il veillera donc à choisir une offre financièrement raisonnable et cohérente avec la nature de la prestation.

S'il possède une connaissance suffisante du secteur économique (par exemple : questions préalables à l'achat bien maîtrisées, connaissance des prix, du tissu économique, du degré de concurrence dans le secteur, etc.), il pourra effectuer son achat sans démarches préalables.

En revanche, si l'acheteur public ne possède pas les connaissances utiles, il effectuera son achat comme le fait tout particulier avisé, après avoir procédé à des comparaisons (par exemple : consultation de comparateurs de prix sur internet, examen de catalogues ou prospection dans les magasins environnants ; comparaison des délais d'exécution ou des garanties proposées). Pour les prestations les plus techniques, il pourra éventuellement solliciter des devis par courriel, fax ou courrier auprès de professionnels.

Attention ! La confection de devis ayant un coût pour les entreprises, l'acheteur public évitera de les solliciter inutilement en multipliant les demandes récurrentes de devis, dans le seul but de sécuriser sa procédure.

Il veillera aussi à ne pas fixer de règles internes trop rigides, comme celle de l'obtention de « trois devis obligatoires avant tout achat ». Si une seule entreprise répond à la demande de devis, l'acheteur pourra évidemment contracter avec cet opérateur dès lors que, compte tenu de l'objet de l'achat et de ses caractéristiques, le prix proposé lui semble être



raisonnable. Il conservera, néanmoins, la trace de la sollicitation des entreprises n'ayant pas répondu.

Exemple : si la personne publique souhaite rénover une installation de plomberie et qu'elle ne possède aucune connaissance en la matière, une bonne utilisation des deniers publics la conduirait à solliciter des devis auprès de plusieurs professionnels.

Au fur et à mesure, l'acheteur pourra utilement confectionner un fichier de fournisseurs avec lesquels il a obtenu satisfaction sur tous les plans. Il devra cependant l'utiliser avec discernement, afin de respecter la troisième règle.

1.2.3. Ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin

Cette troisième règle invite l'acheteur public à effectuer une veille économique épisodique, en suivant sa doctrine interne, afin de ne pas contracter « systématiquement » avec le même opérateur.

Pour ce faire, il pourra se poser plusieurs questions : « de nouveaux opérateurs se sont-ils récemment implantés ? », « le prestataire avec lequel nous avons contracté est-il toujours le plus compétitif ? », « dois-je éventuellement solliciter de nouveaux devis ? ».

2. Les achats de moins de 20 000 euros HT des entités adjudicatrices

L'article 146 du CMP fixe à 20 000 euros HT le seuil de dispense de procédure pour les entités adjudicatrices soumises à la deuxième partie du code, c'est-à-dire les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135 du CMP.

Si les trois règles rappelées au 1.1. ci-dessus n'ont pas été étendues expressément aux entités adjudicatrices, les petits achats de ces dernières doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique.

Il est donc conseillé d'appliquer aux entités adjudicatrices les trois règles de bonne gestion applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

3. La traçabilité de l'achat

Les petits marchés ne sont pas à l'abri de tout contentieux de la part des entreprises concurrentes. Ils sont, en effet, dans le champ des référés précontractuel et contractuel.

Afin de pouvoir justifier que l'achat n'a pas été réalisé en méconnaissance des principes de la commande publique, il est conseillé à l'acheteur de conserver une trace des éléments ayant motivé sa décision. Cette trace sera, bien entendu, proportionnée à l'achat effectué.

Il peut s'agir, par exemple, des résultats des comparaisons de prix et conditions d'exécution, des copies de courriels ou fax échangés ou des devis éventuellement sollicités.

Ces éléments peuvent, si l'acheteur le souhaite, être accompagnés de quelques lignes explicatives, notamment pour les achats les plus complexes.

Pour les achats qui nécessitent une analyse technique plus approfondie, l'acheteur peut également établir des tableaux d'analyse ou un rapport d'analyse des devis, qu'il pourra produire au cas où il lui serait demandé de justifier sa démarche⁶.

6. Réponse ministérielle n° 12674 du 20 novembre 2014, JO Sénat, p. 2591



FICHE 16

L'intérêt transfrontalier certain

Les pouvoirs adjudicateurs qui passent des marchés inférieurs au seuil d'application des directives et des marchés de services non prioritaires, soumis à la procédure de l'article 30 du code des marchés publics, doivent, au cas par cas, s'interroger pour déterminer si ces marchés, ne présentent pas un « intérêt transfrontalier certain », qui justifie un niveau de publicité permettant aux opérateurs installés dans un autre Etat membre de l'Union européenne d'être informés de la procédure de mise en concurrence et de pouvoir, éventuellement, se porter candidat.

1. Qu'entend-on par marché « d'intérêt transfrontalier certain » ?

A partir des seuils communautaires, l'intérêt transfrontalier est présumé, sauf pour les marchés de services non prioritaires visés à l'annexe IIB de la directive et à l'article 30 du code des marchés publics¹.

En dessous des seuils communautaires, un marché public a un « intérêt transfrontalier certain », s'il est susceptible d'attirer des opérateurs économiques potentiels situés dans d'autres Etats membres.

Attention ! L'intérêt transfrontalier n'est pas uniquement lié à la localisation de l'exécution d'un marché à la proximité de la frontière d'un autre Etat membre.

2. Quels sont les critères permettant de définir un « intérêt transfrontalier certain » ?

Dans sa communication interprétative du 23 juin 2006, la Commission européenne précise que pour déterminer si l'attribution d'un marché présente ou non un intérêt pour les opérateurs économiques situés dans d'autres Etats membres, le pouvoir adjudicateur se fonde sur « une évaluation des circonstances spécifiques de l'espèce, telles que l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur en cause (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.) ainsi que du lieu géographique d'exécution du marché ».

1. CJUE, 13 novembre 2007, *CommiCJUEsson c/ Irlande*, C-507/03 (cons. 25).

La Cour de justice de l'Union européenne² précise que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention, du lieu de son exécution³ ou encore de ses caractéristiques techniques⁴.

Dans l'arrêt SECAP, elle indique que : « *De tels critères pourraient être, notamment, le montant d'une certaine importance du marché en cause, en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux. Il serait également possible d'exclure l'existence d'un tel intérêt dans le cas, par exemple, d'un enjeu économique très réduit du marché en cause* »⁵.

Dans le même arrêt, la Cour évoque la situation très particulière où un marché de faible valeur présenterait quand même un intérêt transfrontalier certain, parce que « les frontières traversent des agglomérations situées sur le territoire d'Etats membres différents ».⁶ Au cas d'espèce, le marché était d'un montant important (4 699 999 euros), très proche du seuil communautaire de marché de travaux.

Ce raisonnement ne s'applique pas pour des marchés d'un montant inférieur au seuil de dispense de procédure prévu par le code des marchés publics (15 000 euros), qui n'ont manifestement pas d'incidence sur le marché intérieur⁷.

3. Quelles règles doivent respecter les marchés présentant un « intérêt transfrontalier certain » ?

3.1. Une publicité de nature à informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés dans d'autres Etats membres

Lorsqu'un marché public présente un intérêt transfrontalier certain, l'acheteur public doit se conformer aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) lors de la passation de ces contrats pour permettre l'accès à cette commande aux opérateurs économiques d'autres Etats membres de l'Union européenne.

L'application des règles fondamentales et des principes généraux du traité aux marchés d'un montant inférieur au seuil d'application des directives communautaires « *présuppose que les marchés en cause présentent un intérêt transfrontalier certain* »⁸.

Ces jurisprudences s'inscrivent dans la lignée de l'arrêt *Telaustria*⁹, dans lequel la Cour a jugé que la passation des marchés publics exclus du champ d'application des directives « marchés » est soumise au respect des règles fondamentales du traité, en général et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, en particulier. Ce principe

2. CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, C-221/12 (cons. 29).

3. CJUE, 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06 (cons. 58, 59 et 62).

4. CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, C-147/06 (cons. 24) : « *Un marché de travaux pourrait, par exemple, présenter un tel intérêt transfrontalier à cause de sa valeur estimée, en liaison avec sa technicité ou une localisation des travaux à un endroit qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers.* »

5. CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, C-147/06 (cons. 31) ; voir également en ce sens, CJUE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, cons. 20).

6. « *Toutefois, il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'Etats membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain* » (cons. 31).

7. CE, avis du 16 septembre 2014, n° 389174.

8. CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, C-147/06, cons. 21 ; voir également CJUE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, C-507/03, cons. 29 et CJUE, 21 février 2008, *Commission c/ République italienne*, C-412/04, cons. 66 et 67.

9. CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98.



implique, notamment, une obligation de transparence. Cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat sur un même cahier des charges, ainsi qu'un contrôle possible de l'impartialité des procédures d'attribution.

La communication interprétative du 23 juin 2006 précise que la seule façon de respecter les exigences définies par la Cour consiste dans la diffusion d'une publicité suffisamment accessible, avant l'attribution du marché (cf. point 2.1.1 de la communication) et cite les formes de publicité permettant d'atteindre ce degré de publicité adéquat (point 2.1.2). La Commission rappelle que « *plus l'intérêt du marché est grand pour les soumissionnaires potentiels d'autres Etats membres, plus la couverture doit être large.* »¹⁰.

3.2. Des règles de publicité spécifiques

Les marchés présentant un intérêt transfrontalier certain doivent faire l'objet d'un degré de publicité adéquat permettant le respect des principes fondamentaux du TFUE. Pour autant, ils n'ont pas à respecter les règles de passation imposées par les directives pour les marchés au dessus des seuils communautaires. Les juridictions européennes et nationales précisent les règles applicables à ces marchés.

3.2.1. Une publication sur un support européen n'est pas toujours nécessaire

La publicité d'une procédure susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres Etats membres de l'Union européenne doit-elle nécessairement intervenir sur un support bénéficiant d'une diffusion européenne ?

Le Conseil d'Etat a estimé qu'une telle exigence n'était pas indispensable, dès lors que l'annonce faite sur d'autres supports, même nationaux, est « *insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants* »¹¹.

Dans ses conclusions sur la décision *Région Nord-Pas-de-Calais*¹², le rapporteur public rappelle l'importance du choix du support de publicité pour des marchés qui, même estimés à 35 000 euros H.T, peuvent présenter un intérêt transfrontalier : « *La spécialité professionnelle requise – la programmation en architecture pour des équipements culturels d'importance – était relativement rare dans l'environnement immédiat de la région et en tout état de cause dans l'aire de diffusion de « La Voix du Nord ». A cet égard, la mise en ligne sur le site internet ne pouvait à notre sens pallier suffisamment cette carence de la publicité. On peut imaginer sans peine qu'un programmiste installé en région parisienne ou, même à Barcelone, Berlin ou Milan - ce qui ne serait pas inenvisageable s'agissant d'un chantier de cette nature - ne lit pas « La Voix du Nord » et n'effectue pas une veille régulière sur le site de la région Nord-Pas-de-Calais et sur celui de l'ensemble des autres collectivités importantes* ».

10. Dans un arrêt du 20 mai 2010, le tribunal de l'Union européenne a rejeté le recours en annulation déposé par l'Allemagne contre la communication interprétative du 23 juin 2006, jugeant que la communication n'établissait pas d'obligations spécifiques ou nouvelles par rapport aux dispositions des directives ou principes du TFUE, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour (*République fédérale d'Allemagne c/ Commission*, T-258/06).

11. CE Ass, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine Bordeaux, Sté Kéolis*, n°323585 et n°32359, à propos d'une délégation de service public.

12. CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 278732.

3.2.2. Ces marchés sont soumis au seul respect des principes fondamentaux du traité

La passation des marchés d'intérêt transfrontalier doit permettre de garantir le respect des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement entre les candidats. Ce respect ne passe pas pour autant par la mise en œuvre des règles de procédures formalisées, notamment de délais, pour l'ensemble de ces marchés (articles 28 et 30 du CMP).

Dans l'affaire *Commission c/ Irlande*¹³, la Cour rappelle que la passation des marchés d'intérêt transfrontalier, en l'espèce un marché de services non prioritaires, n'a pas à obéir aux règles expressément prévues par les directives pour les marchés qui y sont pleinement soumis. Ainsi, l'obligation d'indiquer la pondération préalable des critères d'attribution d'un marché, même si elle répond à des exigences d'égalité de traitement et de transparence, n'a pas à figurer dans l'avis d'un marché de services non prioritaires présentant un intérêt transfrontalier certain¹⁴. En revanche, la modification par le pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure, des critères d'attribution qu'il avait annoncés constitue une violation du principe d'égalité de traitement et de transparence. Il peut être déduit de cette jurisprudence que l'annonce des critères d'attribution, dès le lancement de la procédure de consultation, participe de la transparence de l'attribution et doit en conséquence être conseillée si elle n'est pas obligatoire.

De même, les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement applicables à un marché de services non prioritaires présentant un intérêt transfrontalier certain n'imposent pas aux pouvoirs adjudicateurs de mettre en œuvre les dispositions de la directive permettant aux candidats de faire valoir à l'appui de leur candidature les capacités économiques et financières d'une société tierce¹⁵.

13. CJUE, 18 novembre 2010, *Commission c/Irlande*, C-226/09, cons. 40 : « Le fait que l'Irlande ait demandé l'insertion de l'avis du marché litigieux au Journal officiel de l'Union européenne, comme le permet l'article 36 de la directive, n'entraîne nullement pour cet État membre l'obligation de passer ce marché conformément aux articles de cette directive qui s'appliquent à l'égard des marchés publics relevant de l'annexe II A de celle-ci ».

14. *Ibid.*, cons.43.

15. CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA c/ Município de Sintra*, C-95/10.



FICHE 17

Les marchés de services juridiques

Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut conclure avec un professionnel du droit un marché pour l'exécution de prestations de conseils juridiques, ou pour l'assistance et la représentation en justice (procédure juridictionnelle ou amiable).

De tels marchés peuvent être conclus avec les différentes professions du droit (avocats, huissiers, notaires, conseils en propriété industrielle) dans le respect des compétences de chacun.

L'achat de prestations juridiques a longtemps été considéré comme incompatible avec les règles de passation des marchés publics compte tenu de la législation applicable à la profession d'avocat¹ et de leurs obligations déontologiques².

Tel n'est plus le cas. Il est désormais clair que ces marchés de prestations intellectuelles sont soumis aux règles de la commande publique³. Leurs modalités de passation doivent, en outre, respecter les règles propres à chaque profession concernée, en matière de conseil juridique et de représentation en justice.

I. Préparation de la procédure

I.1. Définition du besoin et rédaction du cahier des charges

La personne publique doit, comme pour tout marché, déterminer la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, avant tout appel à la concurrence⁴. Le juge administratif sanctionne les erreurs manifestes du pouvoir adjudicateur dans l'appréciation et la définition du besoin⁵.

1. Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

2. Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

3. CE Ass., 9 avril 1999, Toubol-Fischer, n°196177 : aucun des principes régissant la profession d'avocat ne fait obstacle à ce que les marchés de représentation en justice soient précédés d'une procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics. En revanche certaines dispositions du code ne sont compatibles avec ces principes que moyennant des dérogations ou des adaptations.

Voir également CE, 26 septembre 2012, *GIE « Groupement des poursuites extérieures »*, n°359389 : le contrat confiant à des huissiers de justice le recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires, dans lequel le cocontractant est rémunéré non par l'Etat mais par le versement de frais de recouvrement mis à la charge du débiteur ou du condamné est un marché public de services.

CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n°238039 : à l'initiative de l'ordre des avocats de la Cour d'appel de Paris, le Conseil d'Etat a examiné les dispositions du code des marchés publics issues du décret n° 2011-210 du 7 mars 2001 et conclut que les spécificités de la profession d'avocat ne s'opposaient pas à l'application des règles de la commande publique.

CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP*, n°297711 : saisi à l'égard du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, le Conseil d'Etat a confirmé que les principes relatifs notamment au respect du secret des relations entre l'avocat et son client et à l'indépendance de l'avocat, ne font pas 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 ».

4. Article 5 du code des marchés publics.

5. CAA de Marseille, 29 octobre 2012, *Cabinet MPC avocats*, n°10MA02554.

Définir le besoin consiste, en principe, en une description quantitative et qualitative des prestations attendues, accompagnée d'une estimation chiffrée.

Cette étape préalable et déterminante est souvent délicate en matière de prestations juridiques. Les acheteurs doivent, en effet, envisager l'évolution de leurs besoins dans le temps, faire des hypothèses sur la complexité éventuelle des affaires et la diversité des champs couverts. Doivent être pris en compte le nombre d'heures de travail, le nombre de mémoires à produire, les visites d'expertises ou les réunions de travail nécessaires : autant d'éléments très difficilement évaluables avant le début de la prestation juridique⁶, notamment pour les petites collectivités qui n'ont que ponctuellement recours à un avocat.

L'examen des questions qui suivent pourrait aider le pouvoir adjudicateur dans ce travail :

– la nature des prestations : la personne publique a-t-elle besoin de prestations de veille juridique, de conseil juridique, de représentation en justice ou de simple information sur demandes ?

– le champ juridique à couvrir ou le périmètre d'intervention du prestataire (droit de l'urbanisme, droit social, droit fiscal, droit administratif, droit pénal, etc.) ; quels sont les domaines les plus fréquents de contentieux ou de besoin de conseil ?

– la technicité juridique : en fonction de telle ou telle matière du droit concernée, le pouvoir adjudicateur pourra exiger une compétence dominante plus ou moins importante. Une collectivité publique a rarement besoin d'un cabinet spécialisé en droit de l'arbitrage international. Une petite collectivité rurale n'a pas besoin d'un spécialiste du droit de l'urbanisme, mais pourrait rechercher des compétences en droit rural. Les besoins de spécialistes ne doivent pas être surestimés : le recours à un avocat publiciste généraliste suffit en général à la plupart des collectivités publiques, qui les renverra, si le besoin surgit, à un avocat spécialisé, par exemple pénaliste. Ils ne doivent pas davantage être sous-estimés : un même avocat ne peut être à la fois privatiste et publiciste. L'étude attentive des besoins en prestations juridiques des quatre ou cinq années passées permet de définir raisonnablement les besoins sur les années à venir ;

– les modalités souhaitées : consultations écrites ou téléphoniques ? participation à des réunions ? organisation du processus d'échange et de validation ?

– la durée et la fréquence du besoin pour chaque domaine identifié et donc la disponibilité nécessaire des prestataires (urgence, nombre de consultations, durée de la mission souhaitée). Le pouvoir adjudicateur a-t-il besoin d'une assistance permanente, d'un appui juridique selon une périodicité à définir, ou d'un accompagnement juridique pour la réalisation d'un projet précisément défini et identifié ?

– enfin, le montant estimé des prestations. Les dépenses des années précédentes, l'analyse des contentieux en cours, l'organisation de la collectivité (a-t-elle des services juridiques propres ? entend-elle les développer ou, au contraire, externaliser au maximum la fonction juridique ?) sont des éléments à prendre en considération.

Lors de la rédaction de l'avis d'appel public à la concurrence ou du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur doit veiller à présenter de manière suffisamment précise les prestations attendues. Toutefois, le caractère suffisant des précisions est apprécié par le juge au regard du rôle d'auxiliaire de justice de l'avocat⁷. Ainsi, en tant que professionnel du droit, l'avocat doit être à même de comprendre les problématiques juridiques générales sans que le pouvoir adjudicateur n'ait à les détailler.

6. Voir en ce sens : Réponse ministérielle n°77004, JOAN 24 août 2010, p. 9338.

7. CAA de Marseille, 29 octobre 2012, n°10MA02554, précité.



En revanche, le pouvoir adjudicateur peut s'abstenir de communiquer une estimation du volume des prestations, en raison de la variabilité intrinsèque en matière de contentieux ou de dossiers juridiques dont il ne saurait maîtriser les facteurs de création et de développement⁸. Néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut fournir, à titre indicatif, une estimation de ce volume au regard de l'expérience passée.

1.2. Forme du marché

Le code des marchés publics offre au pouvoir adjudicateur différents outils juridiques permettant de faire face aux difficultés de définition du besoin inhérentes aux marchés de prestations juridiques.

1.2.1. Allotissement ou marché unique

Le code des marchés publics⁹ érige l'allotissement en principe, lorsque l'objet du marché permet l'identification de prestations distinctes. S'il peut être divisé en ensembles cohérents, le marché doit être passé en lots séparés, afin de susciter la plus large concurrence. Le nombre des lots, ainsi que leur consistance, doivent être définis en amont de la procédure, par le pouvoir adjudicateur qui dispose en ce domaine, d'un large pouvoir d'appréciation.

Par principe, les marchés de prestations juridiques doivent être allotés dès lors que des prestations distinctes peuvent être identifiées. Afin de déterminer l'existence de prestations distinctes, le juge administratif tient compte de la diversité des prestations et du volume de la commande¹⁰. A ainsi pu être jugé régulier le découpage en deux lots « droit civil » et « droit public » compte tenu de la quantité limitée des prestations objets du marché et du fait que ces lots étaient suffisamment homogènes même s'ils regroupaient chacun plusieurs branches du droit¹¹. De même, un marché global a pu également être jugé régulier compte tenu du montant modique du marché et des caractéristiques des dossiers potentiels qui faisaient appel à la fois au droit privé et au droit public¹². En revanche, un marché de prestations de conseil et de représentation juridiques, portant sur l'ensemble des matières de droit public ainsi que sur les matières relevant du droit civil, du droit pénal et de la procédure pénale, compte tenu de la diversité des prestations et du volume de la commande passée, devait être alloté¹³.

8. CAA de Marseille, 29 octobre 2012, n°10MA02554, précité.

9. Article 10 du code des marchés publics : « 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 (...).

10. CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, n°375051.

11. TA Marseille, 13 janvier 2009, *Me Benoît Cavigliani*, n°0808872.

12. TA Lyon, ord., 23 décembre 2008, *société Bruno Kern*, n°0808003 et TA Lyon, ord., 6 avril 2009, *SCP Bonnet-Lalanne-Thiry*, n°0901669.

13. CE, 11 avril 2014, n°375051, précité.

Chaque lot donnera lieu à la conclusion d'un marché public. Il pourra donc y avoir autant de titulaires que de lots, même s'il est possible d'attribuer plusieurs lots à un même prestataire.

La répartition des prestations entre les différents lots est à définir en fonction du besoin spécifique du pouvoir adjudicateur. Elle peut prendre plusieurs formes :

- en fonction des domaines du droit concerné : on peut concevoir un lot droit de l'urbanisme, un lot droit public général, un lot droit pénal, etc. ;
- en fonction de la nature des prestations : un lot pour les prestations de conseils juridiques, un lot pour la représentation en justice. Le Conseil d'Etat a accepté cette forme d'allotissement alors même que chaque lot regroupait des matières juridiques hétérogènes (droit public, droit pénal et droit privé)¹⁴. Un tel allotissement doit cependant être évité : il est particulièrement inopportun, en effet, de dissocier pour un même projet, la consultation juridique de la représentation en justice ;
- en fonction du barreau de rattachement lorsqu'il existe un monopole géographique. Les avocats exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires. En revanche, ils ne peuvent exercer leur activité de représentation (accomplissement des actes de la procédure) que devant le tribunal de grande instance (TGI) dont dépend leur barreau¹⁵. En conséquence, un allotissement géographique est acceptable pour les marchés de représentation en justice devant le TGI, sous réserve du respect de la règle de la postulation. Les marchés de représentation en justice devant la cour d'appel peuvent également être allottis géographiquement : seuls les avocats des barreaux des TGI du ressort de la cour d'appel peuvent exercer cette représentation en justice.

L'allotissement est destiné à favoriser la concurrence et l'accès à la commande publique. Le pouvoir adjudicateur doit cependant être conscient des risques d'une parcellisation excessive de l'allotissement :

- un découpage excessif des prestations aura un effet inverse à celui souhaité sur la concurrence : le montant des prestations par lot trop restrictivement défini peut se révéler trop faible pour intéresser des candidats. Le découpage des prestations doit être cohérent. Le tribunal administratif de Montreuil a ainsi admis l'absence d'allotissement d'un marché de prestations juridiques englobant des prestations de conseil et de représentation en justice dans différents domaines du droit, en raison du caractère modeste du volume de prestations et « *des difficultés techniques pour tracer des lignes claires entre les domaines du droit applicables aux collectivités territoriales* »¹⁶ ;
- l'allotissement peut avoir pour effet d'accroître le nombre de titulaires d'un marché. Chaque avocat aura alors une approche parcellaire des affaires juridiques du pouvoir adjudicateur, nécessitant que le pouvoir adjudicateur dispose d'un service juridique capable d'opérer la coordination générale.

Le juge administratif a ainsi considéré que le pouvoir adjudicateur peut passer un marché global de prestations juridiques si « *la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou qu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* »¹⁷. En revanche, lorsque le pouvoir adjudicateur dispose de la capacité à assurer une coordination des

14. CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n°333737.

15. Article 5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n°2011-94 du 25 janvier 2011.

16. TA Montreuil, 30 mars 2010, *Mme C.*, n°0904772 et n°0901584.

17. TA Lyon, ord. du 6 avril 2009, *SCP Bonnet-Lalanne-Thiry*, n°0901669.



prestations (collectivité territoriale d'une taille importante, par exemple), l'allotissement du marché de services juridiques ne rend pas techniquement difficile son exécution¹⁸.

Le juge limite son contrôle sur la détermination du nombre et la composition des lots, à l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue alors qu'il exerce un contrôle normal sur les motifs d'un marché global¹⁹. Lorsque le pouvoir adjudicateur a, à tort, décidé de ne pas allotir le marché, le recours au marché global est susceptible de léser le candidat dont l'offre a été rejetée au motif, notamment, qu'il ne disposait pas d'une capacité de traitement des dossiers suffisante pour traiter l'ensemble des matières objet du marché²⁰.

1.2.2. Les marchés « fractionnés »

Lorsqu'il passe un marché de prestations juridiques ou de représentation en justice, le pouvoir adjudicateur ne connaît pas la quantité, et parfois même la nature, des prestations à commander, ni le moment auquel il sera nécessaire de commander ces prestations. Le code des marchés publics offre plusieurs outils juridiques permettant de répondre à ces problèmes.

1.2.2.1. Le marché à bons de commande

Cette forme de marché permet au pouvoir adjudicateur de choisir préalablement un ou plusieurs titulaires et de leur passer commande lors de la survenance du besoin. Le recours à ce type de marché est particulièrement adapté aux prestations répétitives. Dès que le besoin apparaît, le pouvoir adjudicateur émet un bon de commande dans les conditions fixées au marché.

Le marché à bons de commande peut être mono ou multi-attributaire. Si le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer le marché à plusieurs titulaires, il doit fixer précisément les conditions dans lesquelles les bons de commande seront confiés aux différents attributaires. Il pourra prévoir de respecter le classement des offres ou procéder par ordre alphabétique.

Le marché à bons de commande nécessite l'émission d'un bon de commande préalable avant tout début d'exécution des prestations. Afin d'être compatible avec la réactivité exigée des prestataires (référé, par exemple, ou mise en garde à vue, perquisition...), les modalités d'émission des bons de commande, qui sont à préciser dans le marché, devront être adaptées (par télécopie par exemple).

Surtout, la définition et les caractéristiques des prestations qui seront susceptibles d'être commandées doivent être déterminées à l'avance, lors de la rédaction du cahier des charges. Contrairement à l'accord-cadre, elles ne pourront être ajustées lors de la survenance du besoin.

Le recours au marché à bons de commande convient à des prestations répétitives, dont la nature et la difficulté ne sont pas susceptibles d'évoluer en cours d'exécution du marché. Un contentieux du personnel pourrait, par exemple, s'y prêter.

Le marché à bons de commande peut être passé avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum, ni maximum. Cette facilité est pratique mais ce choix aura un impact sur les prix proposés par les candidats. Ainsi, la fixation d'un minimum apporte une sécurité de

18. CE, 11 avril 2014, n°375051, précité.

19. CE, 21 mai 2010, n°333737, précité.

20. CE, 11 avril 2014, n°375051, précité.

commande aux soumissionnaires. Ne pas fixer un minimum peut conduire à un prix plus élevé en raison de l'incertitude du prestataire sur le volume réel des commandes.

1.2.2.2. L'accord-cadre

L'accord-cadre permet de sélectionner un ou plusieurs titulaires qui se verront attribuer des marchés subséquents lors de la survenance du besoin. L'accord-cadre permet au pouvoir adjudicateur de ne préciser les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qu'au moment de la passation du marché subséquent. Les marchés subséquents ne pourront, cependant, apporter des modifications substantielles aux termes fixés par l'accord-cadre.

L'accord-cadre peut être mono ou multi-attributaire. S'il est passé avec un seul titulaire, celui-ci se verra confier directement le ou les marchés subséquents dont le cahier des charges précisera la nature et l'étendue du besoin à satisfaire. L'accord-cadre mono-attributaire peut aussi faire l'objet d'un allotissement.

Si l'accord-cadre est multi-attributaire, le ou les marchés subséquents sont passés après remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre²¹. Chaque cabinet d'avocat devra ainsi remettre une proposition de prix et éventuellement tout élément réclamé par le pouvoir adjudicateur (méthodologie, délai d'exécution ...), en fonction de l'affaire qui lui est soumise. Ce dispositif est assez lourd, puisqu'il impose une remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre, avant toute attribution d'un marché subséquent.

Le recours à l'accord-cadre peut s'avérer intéressant pour les pouvoirs adjudicateurs lorsque plusieurs dossiers concernant différents domaines du droit (contentieux des contrats administratifs, contentieux du personnel, contentieux de l'urbanisme, contentieux pénal ...) devront être confiés à des professionnels du droit. Le recours à l'accord-cadre n'exonère cependant pas le pouvoir adjudicateur du respect des règles relatives à l'allotissement.

Comme le marché à bons de commande, l'accord-cadre confère une exclusivité sur les prestations décrites dans le cahier des charges, à leurs titulaires. Le pouvoir adjudicateur ne peut s'adresser, pendant la durée d'exécution du marché ou de l'accord-cadre, à un autre prestataire que le ou les titulaires, sauf pour des besoins occasionnels de faible montant²².

1.2.2.3. Le marché à tranches conditionnelles

Le découpage du marché en une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles est utile lorsque l'étendue du besoin à satisfaire est incertaine. Le fractionnement entre les tranches doit être effectué de telle manière que chaque tranche soit fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle puisse satisfaire le besoin exprimé de manière autonome, sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affermées.

Le pouvoir adjudicateur peut ainsi solliciter une aide juridique pour la réalisation d'un projet, les prestations de conseils juridiques étant prévues en tranche ferme, et anticiper d'éventuels contentieux en inscrivant, en tranche conditionnelle, le suivi contentieux par le titulaire du marché.

21. Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres (article 76-III du code des marchés publics).

22. Article 76-VII du code des marchés publics pour les accords-cadres et article 77-III du code des marchés publics pour les marchés à bons de commande.



I.3. Forme des prix

Le principe de la libre négociation des honoraires des avocats posé à l'article 10 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée, ne fait pas obstacle à la candidature des avocats aux consultations lancées par les pouvoirs adjudicateurs²³.

Aux termes du 1^{er} alinéa de l'article 17 du code des marchés publics, « *les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.* »

I.3.1. Prix unitaires

Le prix unitaire peut être déterminé à l'heure ou à la tâche.

Les prestations de services juridiques sont souvent facturées au taux horaires. L'utilisation de taux horaires rend la dépense peu contrôlable pour l'acheteur public. En effet, le candidat pourra être tenté de sous-évaluer ses taux horaires afin de remporter le marché, mais il devra ensuite multiplier le nombre d'heures facturées pour compenser l'insuffisance du taux horaire pour couvrir ses coûts fixes. Le pouvoir adjudicateur qui aurait choisi un avocat sur le seul critère du prix horaire le plus bas, pratique à proscrire, se trouvera alors sans maîtrise aucune sur les coûts de la prestation juridique.

Le recours à une facturation à la tâche, commune dans certains Etats européens est assez peu pratiqué en France et suppose une définition précise du contenu de cette tâche. Chaque tâche constituera la base du prix unitaire qui, multiplié par le nombre de prestations correspondantes, donnera le prix global du marché. Le marché peut prévoir des facturations par actes (par exemple la production d'une note juridique, la validation d'un acte, l'étude sur un point de droit, la recherche documentaire, la production d'un mémoire, la représentation à tel ou tel stade de l'instance, etc.).

Un marché à prix unitaires peut également prévoir des prix dégressifs. Tel peut être le cas pour des dossiers contentieux de « série », renvoyant à une situation identique et soulevant les mêmes arguments juridiques. La pièce financière annexée à l'acte d'engagement se présente alors comme une grille tarifaire, les honoraires étant calculés sur la base du nombre de dossiers traités sur une période déterminée. Par exemple : X euros pour chacun des dix premiers dossiers traités, Y à partir du onzième.

I.3.2. Prix forfaitaires

L'article 10 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, prévoit que « *des honoraires forfaitaires peuvent être convenus. L'avocat peut recevoir d'un client des honoraires de manière périodique, y compris sous forme forfaitaire* ».

A la différence des prix unitaires appliqués aux tâches ou au nombre d'heures réellement exécutées, le prix forfaitaire s'applique quel que soit le nombre de tâches exécutées. Les candidats doivent donc pouvoir évaluer *a priori* les prestations, afin de proposer une rémunération adaptée. Cela suppose une définition préalable précise des besoins du pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges, exercice difficile.

23. CE, 9 juillet 2007, *syndicat EGF/BTP*, n°297711

Le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, demander aux candidats de présenter un prix forfaitaire pour le traitement de l'ensemble d'une procédure, depuis la prise en charge du dossier jusqu'à la fin de la procédure.

Le juge administratif a précisé que lorsque la fixation *a priori* d'un prix définitif est impossible, en raison de l'incertitude pesant sur la durée de la prestation, un marché de représentation en justice peut, à défaut de pouvoir être conclu à prix provisoires, prévoir des prix unitaires²⁴.

1.3.3. Prix mixtes

Les marchés, et notamment les marchés à bons de commande peuvent comporter soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires, soit, à la fois, des prix forfaitaires et des prix unitaires.

Le recours à un marché à prix mixtes permet au pouvoir adjudicateur de concilier des prestations non programmables à prix unitaire, avec des prestations définies et prévisibles à prix forfaitaires.

Ainsi, un marché de prestations de conseils juridiques en droit de la fonction publique et droit social peut prévoir un prix forfaitaire pour les consultations écrites et téléphoniques et des prix unitaires pour des réunions ou des formations.

1.3.4. Honoraires aux résultats

Les honoraires calculés exclusivement en fonction du résultat, sont prohibés par les dispositions de l'article 10, alinéa 3 de la loi du 31 décembre 1971. En revanche, le marché peut prévoir, outre la rémunération des prestations effectuées, la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu. L'honoraire de résultat prend généralement la forme d'un pourcentage calculé sur les sommes encaissées ou payées par voie de compensation. Enfin, il n'est dû à l'avocat que lorsqu'il a été mis fin à l'instance par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable, à la fin d'une négociation ou dans les conditions prévues dans le marché.

Le recours à des honoraires aux résultats est d'un maniement délicat pour des collectivités publiques. Il doit être réservé à des dossiers particuliers aux enjeux financiers élevés. Il exige une analyse des risques approfondie (le risque de perte du contentieux est-il élevé ? quel est l'enjeu financier de la réussite d'un montage contractuel ? quelle est la fourchette de négociation donnée par la collectivité à son avocat dans une négociation transactionnelle ?).

Le cahier des charges peut prévoir, pour des dossiers d'une importance particulière, le paiement d'un intéressement au résultat. L'instauration d'un plafonnement est recommandée.

1.4. Durée du marché

La durée du marché doit figurer dans le cahier des charges. Elle est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

En matière de prestations juridiques, le pouvoir adjudicateur doit trouver un équilibre. Un délai trop court ne permet pas d'instaurer la relation de confiance indispensable à ce type de prestation. Un délai trop long peut être une entrave pour le pouvoir adjudicateur

24. CE Ass., 5 mars 2003, Ordre des avocats de la cour d'appel de Paris, n°238039.



insatisfait de son prestataire sans pouvoir lui reprocher une faute contractuelle permettant de rompre le marché. La difficulté de définir le besoin pour ces marchés doit être prise en considération. On peut donc passer un premier marché sur un délai court (2 ou 3 ans) puis, passer un marché d'une durée plus longue (4 ou 5 ans) car le besoin est alors mieux connu.

L'article 16 du code des marchés publics autorise également le pouvoir adjudicateur à prévoir une ou plusieurs reconductions. Dans ce cas, la mise en concurrence devra prendre en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises.

La durée des marchés à bons de commande et des accords-cadres est encadrée pour respecter les règles de remise en concurrence périodique. Leur « *durée 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* » (article 77 du code des marchés publics).

2. Mise en œuvre de la procédure

2.1. Les services juridiques relèvent de la catégorie des services de l'article 30 du code des marchés publics

Les marchés de services juridiques sont soumis aux dispositions des articles 28 et 30 du code des marchés publics²⁵.

Ces articles prévoient que :

- les marchés de prestations juridiques peuvent être passés en procédure adaptée, quel que soit leur montant ;
- lorsque le montant estimé du besoin est inférieur au seuil de 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité, ni mise en concurrence préalable (article 28-III du code des marchés publics) ;
- lorsque leur montant est supérieur à 207 000 euros HT, ils doivent faire l'objet d'un avis d'attribution (voir point 2.1.2.2) et sont attribués, pour les collectivités territoriales, par la commission d'appel d'offres (article 30-II 3° du code des marchés publics) ;
- les dispositions du titre IV du code des marchés publics relatifs à l'exécution des marchés (avances, acomptes, etc.), ne leur sont pas applicables (article 30-II 5° du code des marchés publics) ; néanmoins, rien n'interdit de prévoir de telles avances et acomptes²⁶ ;
- les marchés de représentation en justice d'une collectivité territoriale ne sont pas soumis au contrôle de légalité (article 30-II 5° du code des marchés publics).

2.1.1. La détermination du montant des prestations

Le pouvoir adjudicateur doit toujours procéder à une estimation sincère et raisonnable des prestations, afin de déterminer si le montant du marché est inférieur aux seuils de 15 000 ou 207 000 euros HT. Deux méthodes sont proposées par l'article 27 du code des marchés publics :

25. Réponse ministérielle n°56639, JOAN du 19 août 2014, p. 7027.

26. CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP et autres*, n°297711, 297870, 297892, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171 et 301238, en ce qui concerne les articles 30, 146 et 148, troisième considérant.

– soit prendre en compte l'ensemble des services homogènes en raison de leurs caractéristiques propres. Le pouvoir adjudicateur compute les montants de l'ensemble des marchés de prestations juridiques qu'il aura à passer, quel que soit le projet sur lequel ils portent, en s'appuyant sur sa propre classification des achats. Ainsi, par exemple, une collectivité territoriale qui souhaite passer un marché de conseil juridique et un marché de représentation en justice dans le domaine du droit privé, un marché de conseil juridique et un marché de représentation en justice dans le domaine de la commande publique, devra additionner les montants estimés de ces marchés pour déterminer la procédure applicable à leur passation ;

– soit prendre en compte l'ensemble des services homogènes, parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. Le pouvoir adjudicateur peut rattacher le marché de prestations juridiques à un projet déterminé : dans cette hypothèse, le montant de tous les services concourant à la réalisation du projet envisagé permettra de déterminer la procédure applicable. Ainsi, une commune qui construit une école peut cumuler tous les montants estimés des marchés de prestations juridiques afférents pour apprécier le seuil de procédure et computer séparément les marchés de prestations juridiques relatifs à un autre projet tel que l'entretien et la réparation de la voirie communale.

Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire les marchés aux règles qui leur sont normalement applicables. L'acheteur ne doit donc jamais découper le montant de ses marchés, de façon à pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence.

2.1.2. La procédure adaptée avec publicité et mise en concurrence

2.1.2.1. Règles générales applicables aux marchés de prestations juridiques dont le montant est supérieur à 15 000 euros HT

Le code des marchés publics laisse une grande liberté d'appréciation aux acheteurs pour déterminer les modalités de la mise en concurrence et le contenu de la publicité. Le seuil de publicité de 90 000 euros HT au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP) n'est pas applicable aux marchés de services juridiques et aucun support de publicité n'est imposé.

En contrepartie de cette liberté, les acheteurs publics devront être à même de pouvoir justifier, à tout moment, les motifs de leurs choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité de la procédure de choix adoptée. Mais ils peuvent réduire les contraintes procédurales lorsqu'elles ne sont pas nécessaires au respect des principes de la commande publique.

Les modalités de publicité doivent être appropriées aux caractéristiques du marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé²⁷.

La publicité choisie doit permettre aux candidats ayant vocation à répondre à la consultation, d'être informés de la procédure et de soumissionner. Une large publicité permettra d'obtenir une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

La publication d'un avis d'appel public à la concurrence au BOAMP peut suffire, compte tenu notamment du prix et de la durée du marché²⁸. La publication de l'avis au *Journal*

27. CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n°278732 et CE, 22 janvier 2007, *Syndicat des transports d'Ile-de-France*, n°294290.

28. CE, 22 janvier 2007, *Syndicat des transports d'Ile-de-France*, n°294290.



officiel de l'Union européenne n'est pas nécessaire, sauf si l'achat relève d'un intérêt transfrontalier²⁹.

La publicité ne signifie pas nécessairement publication. Ainsi, pour un marché de faible montant, une demande de devis à quelques cabinets juridiques susceptibles de fournir la prestation, sera suffisant.

Bien que l'article 30 du code des marchés publics ne l'impose pas, les informations relatives à la consultation peuvent être publiées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Enfin, le pouvoir adjudicateur peut publier un avis de publicité dans la presse locale, la presse spécialisée, au BOAMP ou même au JOUE (cas d'une représentation devant une juridiction étrangère).

La fixation des délais de remise des plis est également laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. Les délais choisis par le pouvoir adjudicateur doivent être adaptés au marché et fixés dans un souci d'efficacité de l'achat.

2.1.2.2. Obligations complémentaires pour les marchés de prestations juridiques dont le montant est supérieur à 207 000 euros HT

Les marchés de prestations juridiques dont le montant est supérieur à 207 000 euros HT sont soumis, en outre, à trois exigences particulières :

- Les prestations doivent être définies par des spécifications techniques³⁰. Le pouvoir adjudicateur devra préciser les caractéristiques requises du service, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats. Le pouvoir adjudicateur peut combiner ces deux catégories de spécifications techniques³¹.

Si le pouvoir adjudicateur formule ses spécifications techniques en termes d'exigences fonctionnelles, il devra, dans cette hypothèse, définir le résultat à atteindre (par exemple, dans le cadre d'un marché de conseil juridique : l'avis remis par le titulaire sur la régularité juridique des actes ou projets établis par le pouvoir adjudicateur devra être argumenté, exprimé en termes compréhensibles et conclusif afin de permettre au pouvoir adjudicateur de corriger les irrégularités relevées.)

Si le pouvoir adjudicateur formule ses spécifications techniques en termes de performance, il devra qualifier un niveau de résultat à atteindre.

Les spécifications techniques peuvent prendre la forme de références à des normes, telles que les normes de qualité, mais le pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer une norme particulière. La référence à une norme ne doit pas, en effet, constituer un obstacle à la concurrence en favorisant certains candidats par rapport à d'autres. Elle doit être liée à l'objet du marché et s'accompagner de la mention « ou équivalent »³². Dès lors, le pouvoir adjudicateur devra accepter la présentation d'offres qui démontrent par tous moyens appropriés qu'elles satisfont de manière équivalente aux exigences posées³³, ce qui suppose que le pouvoir adjudicateur maîtrise le contenu de la norme.

29. Voir la fiche technique « *L'intérêt transfrontalier certain* ».

30. Article 30-II 2° renvoyant à l'article 6 du code des marchés publics.

31. Article 6 du code des marchés publics.

32. Article 23 -3. a) de la directive 2004/18CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui dispose notamment que « *chaque référence est accompagnée de la mention « ou équivalent »* ».

33. CJUE, 22 septembre 1988, Commission c/ Irlande, aff. C-45/87, points 22 à 27.

Ainsi, la démarche de certification ISO 9001 a été entreprise par de nombreux cabinets d'avocats. Cette norme de management de la qualité ne concerne pas le cœur technique de l'activité du cabinet (conseils juridiques ou plaidoirie par exemples) mais son organisation, sa méthodologie et les engagements pris pour satisfaire aux besoins et attentes du client. La référence à cette norme ne saurait donc suffire à définir les caractéristiques de la prestation attendue et nécessiterait d'être combinée à des performances ou exigences fonctionnelles.

La formulation des spécifications techniques doit être toujours suffisamment précise pour que les soumissionnaires puissent y répondre, mais elle ne doit pas porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

- Les marchés passés par les collectivités territoriales doivent être attribués par la commission d'appel d'offres³⁴. La composition de la commission d'appel d'offres doit respecter les dispositions de l'article 22 du code des marchés publics.
- L'avis d'attribution du marché doit être publié³⁵.

Le pouvoir adjudicateur doit adresser cet avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne et au BOAMP pour publication dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du marché même si l'avis n'a pas été publié au BOAMP ou au JOUE.

La publication de l'avis d'attribution fait courir le délai de recours de 31 jours, durant lequel les candidats évincés peuvent exercer un référé contractuel. Il fait également courir le délai de recours pour excès de pouvoir à l'égard des tiers.

2.1.3. Cas dans lesquels les marchés de prestations juridiques peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable

Le code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché, sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans plusieurs hypothèses.

2.1.3.1. Le montant estimé du marché à passer est inférieur au seuil de 15 000 euros HT

Le pouvoir adjudicateur peut faire appel à l'avocat de son choix, de gré à gré, sans publicité ni mise en concurrence lorsque le montant estimé du marché est inférieur au seuil de 15 000 euros HT. Le code dispose néanmoins que l'acheteur devra veiller à choisir une offre répondant de manière pertinente à son besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire.

Cette disposition peut être utile si le pouvoir adjudicateur est confronté à un besoin juridique ponctuel n'entrant pas dans les compétences des prestataires titulaires de marché³⁶, par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'avoir recours à un avocat spécialisé en droit de la presse pour l'exercice d'un droit de réponse.

34. Article 30-II 3° du code des marchés publics.

35. Article 30-II 2° renvoyant à l'article 85 du code des marchés publics.

36. Si le montant estimé du marché se révèle supérieur à 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur pourra s'appuyer sur les dispositions du II de l'article 28 du code des marchés publics (voir point 2.1.3.3.).



2.1.3.2. Le pouvoir adjudicateur est dans une des situations décrites à l'article 35-II du code des marchés publics³⁷

- L'urgence impérieuse peut résulter d'un délai de recours contentieux.

L'article 35-II, 1° permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables pour faire face à une urgence impérieuse.

Le Conseil d'Etat a admis que les marchés de prestations juridiques, passés selon une procédure adaptée, « 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 » et que dès lors, la société requérante « 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 »³⁸.

La situation d'urgence impérieuse est constatée lorsque trois conditions sont cumulativement remplies : les circonstances doivent être imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur, elles ne doivent pas lui être imputables et enfin, les conditions de passation du marché doivent être incompatibles avec les délais exigés par les procédures passées après publicité et mise en concurrence.

L'urgence impérieuse est appréciée de façon stricte.

- Le marché complémentaire peut être utile.

L'article 35-II, 5° permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché complémentaire. Le marché doit concerner des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service tel qu'il est décrit dans le marché initial.

Il ne peut être envisagé que dans le cas où le changement de prestataire obligerait le pouvoir adjudicateur à être confronté à des difficultés disproportionnées par rapport à la réalisation des prestations du marché initial. Le marché complémentaire doit donc être attribué au titulaire du marché initial. Le code ajoute que le montant cumulé des marchés complémentaires de services ne peut dépasser 50% du montant du marché initial.

Les circonstances imprévues sont celles qui excèdent seulement les vicissitudes de la vie économique³⁹. Il ne s'agit donc pas des circonstances imprévisibles visées à l'article 35-II, 1° du code des marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur qui aurait conclu un marché d'assistance et de conseil juridique à la rédaction du cahier des charges et à la passation du marché, pourrait, par exemple, confier un marché complémentaire au titulaire ayant pour objet le suivi d'un contentieux sur ce marché.

- Le marché de prestations similaires

L'article 35-II, 6° du code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires. Le marché initial doit avoir été passé après mise en concurrence et avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure. Il doit donc avoir été prévu dans son principe et

37. Voir la fiche technique « Les marchés négociés de l'article 35 du code des marchés publics »

38. CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP et autres*, n°297711, 297870, 297892, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171 et 301238, en ce qui concerne les moyens tirés de la violation des règles et principes applicables à la profession d'avocat, huitième considérant.

39. Réponse ministérielle n°87442, JOAN 23 novembre 2010, p. 12827.

son montant. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux services ou travaux. Le marché de prestations similaires ne peut être conclu que dans les trois ans à compter de la notification du marché initial. La durée du marché de prestations similaires ne doit pas excéder la durée du marché initial.

A la différence du marché complémentaire qui porte sur des prestations différentes de celles du marché principal, le marché de prestations similaires ne peut confier de nouvelles prestations au titulaire. Il s'agit de prestations réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial. Si le pouvoir adjudicateur souhaite ajuster le contenu des prestations, le recours à ce type de marché n'est pas possible.

Le pouvoir adjudicateur qui a conclu un marché de conseils et assistance juridique pour une durée de 2 ans, pourra éventuellement passer un marché de prestations similaires, par exemple s'il a été particulièrement satisfait des prestations fournies. Cette possibilité paraît tout particulièrement adaptée aux marchés de prestations juridiques.

Le marché de prestations similaires constitue un marché, distinct du marché principal. Il se distingue donc de la simple reconduction d'un marché prévue à l'article 16 du code des marchés publics.

2.1.3.3. Les formalités de publicité et de mise en concurrence peuvent être rendues inutiles ou impossibles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur concerné

Ces circonstances s'apprécient au cas par cas. Il peut s'agir, par exemple, d'une procédure de référé inattendue ou de se faire assister d'un avocat (garde à vue d'un agent public pour une affaire de service). L'urgence impérieuse n'ayant pas été reconnue dans cette situation, la simple urgence à laquelle doit faire face le pouvoir adjudicateur, ainsi que le montant raisonnable estimé du marché, pourra permettre la conclusion d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables.

2.2. La sélection des candidats à un marché de services juridiques

2.2.1. L'accès des marchés de services juridiques est réservé à certaines professions

Le principe de liberté d'accès à la commande publique doit être concilié avec la réglementation applicable à l'exercice du droit. Lorsqu'ils décident d'attribuer un marché de prestations juridiques, les acheteurs publics ont l'obligation de s'assurer que le candidat retenu est habilité par les dispositions légales et réglementaires, à exécuter les prestations du marché.

2.2.1.1. Pour les marchés de conseils juridiques

La loi du 31 décembre 1971 modifiée limite le nombre de personnes susceptibles de délivrer des consultations juridiques. La notion de consultation juridique n'est pas définie par la loi, mais se distingue de la simple information juridique à caractère documentaire. Si l'information juridique est libre, la consultation juridique est strictement encadrée par la loi (article 66-1). Elle suppose, non seulement, une communication juridique préexistante à



la demande, mais également des conseils personnalisés au vu des difficultés rencontrées par le client. La consultation juridique consiste donc en une réponse individualisée et adaptée à la problématique spécifique posée.

L'article 54 de la loi précise les conditions dans lesquelles une personne peut, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques pour autrui :

- les personnes titulaires d'une licence en droit ;
- les personnes qui sont réputées avoir une compétence juridique appropriée à la consultation et qui sont listées aux articles 56, 57 et 58 de la loi. Il s'agit des avocats, notaires, huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs (article 56), des professeurs de droit (article 57), des juristes d'entreprise (article 58) ;
- les personnes exerçant une activité réglementée dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable et sous réserve que les consultations juridiques relèvent de leur activité principale et constituent l'accessoire direct de la prestation fournie (article 59) ;
- les personnes exerçant des activités non réglementées peuvent donner des consultations juridiques sous réserve d'avoir obtenu, par arrêté du Garde des Sceaux, un agrément pour la pratique du droit à titre accessoire de leur activité principale (article 60). Cet agrément précise, le cas échéant, les conditions de qualifications et d'expériences requises ;
- un arrêté donnant agrément pour la pratique du droit à titre accessoire est également nécessaire pour les organismes chargés d'une mission de service public (article 61), certaines associations (article 63), les syndicats et associations professionnelles (article 64) et divers organismes professionnels et interprofessionnels (article 65).

L'acheteur public doit vérifier que les candidats justifient d'une compétence appropriée pour donner des consultations juridiques dans le domaine du droit en cause, objet du marché. En effet, l'attribution d'un marché de services juridiques en méconnaissance de la loi du 31 décembre 1971 constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence prescrites par le code des marchés publics⁴⁰.

Par exemple, une association qui ne disposerait pas d'un agrément pour donner des consultations juridiques dans le secteur d'activité objet du marché de conseils juridiques en cause, ne peut se le voir attribuer⁴¹. Seul un marché portant sur des prestations d'information juridique pourrait lui être attribué⁴². De même, si l'association dispose d'un agrément, encore faut-il que cette circonstance lui confère la possibilité de donner des consultations juridiques dans les domaines du droit concernés par le marché⁴³. Ainsi, une association habilitée à la pratique du droit, à titre accessoire de son activité principale dans un secteur d'activité déterminé, ne peut être candidate à l'attribution d'un marché ayant pour objet des prestations de consultation juridique dans tous les domaines juridiques.

40. TA Paris, ord., 27 juillet 2007, *Palmier c/ Rayssac*, n° 710469 à propos d'un marché de conseil juridique pour des problématiques liées à l'application du code des marchés publics et de la réglementation spécifique aux travaux publics, attribué à un cabinet exerçant des activités de programmation et d'assistance à maîtrise d'ouvrage, disposant, en tant que membre d'un syndicat de programmistes en architecture et en aménagement (SYCAA), d'un agrément à la pratique du droit dans le domaine du marché, mais dont les deux employés affectés à l'exécution de la prestation ne figuraient pas, à titre personnel, dans le répertoire des adhérents à ce syndicat. Par conséquent, ils ne pouvaient être considérés comme justifiant d'une compétence appropriée pour donner des consultations juridiques.

41. TA Besançon, 28 février 2008, *Me Charlair*, n°0600368 et CAA Nancy, 23 mars 2009, *Ville de Besançon Société SVP*, n°08NCO0594.

42. CAA Versailles, 3 juillet 2014, *M. Gachi*, n°12VE02433.

43. TA Cergy Pontoise, 3 février 2011, *Gachi*, n°1100321.

Ces difficultés ne doivent cependant pas conduire l'acheteur public à réserver l'accès à son marché aux seuls avocats. En revanche, l'avis de publicité ou le règlement de la consultation peut utilement rappeler que le marché de conseil juridique ne pourra être attribué qu'à un professionnel autorisé à délivrer des consultations dans le domaine objet du marché.

2.2.1.2. Pour les marchés de représentation en justice

Il s'agit pour le titulaire de prendre en charge un dossier devant les juridictions, en vue de la représentation du pouvoir adjudicateur et de la défense de ses intérêts.

L'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée précise que « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* »⁴⁴.

Il en résulte que seuls des avocats pourront concourir aux marchés publics de représentation en justice. La candidature remise par un avocat peut prendre plusieurs formes : il peut se présenter individuellement dès lors que rien ne s'oppose à ce qu'une personne physique candidate à un marché public dans les mêmes conditions qu'une structure professionnelle⁴⁵. Il peut également se présenter sous la forme notamment d'une société civile professionnelle (SCP) ou d'une société d'exercice libéral (SEL).

En ce qui concerne les contentieux portés devant le tribunal de grande instance, pour les procédures civiles à représentation obligatoire devant le TGI, seul un avocat inscrit au barreau dans le ressort de ce tribunal peut, dans le cadre d'une action en justice, accomplir devant ce dernier, les actes de la procédure. Il est toutefois possible, dans cette hypothèse, d'avoir pour un même dossier un avocat « postulant » (inscrit au barreau du ressort de la juridiction et chargé de représenter le client dans les actes de la procédure) et un avocat plaçant (traitant le fond du dossier et pouvant être inscrit dans n'importe quel barreau de France).

Il appartiendra au pouvoir adjudicateur de préciser, dans les documents du marché que les cabinets d'avocat qui ne sont pas inscrits à un barreau du ressort du TGI compétent pour juger du litige en première instance devront désigner, éventuellement en cours d'exécution, un confrère « postulant » dans le ressort de ce tribunal. Il en va de même pour les marchés de représentation en justice devant la cour d'appel : un avocat « postulant », inscrit à un barreau de l'un des TGI du ressort de la cour d'appel, devra être désigné.

2.2.2. Les critères de sélection des candidatures

Les critères de sélection des candidatures sont les éléments établissant la capacité du candidat à répondre à la consultation, tels que le nombre d'avocats au sein du cabinet, les domaines d'activité, les références,....

Pour évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que les renseignements ou documents dont la liste est fixée par l'arrêté du 28 août 2006⁴⁶. Il doit également veiller, en matière de prestations juridiques, à ce que les renseignements demandés ne portent pas atteinte aux obligations déontologiques auxquelles les avocats sont soumis.

44. L'article 12 de la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 a supprimé la profession d'avoués à compter du 1^{er} janvier 2012.

45. Article 1-8 de la directive n°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.

46. Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.



Comme pour les autres marchés publics, lorsque les exigences en termes de documents comptables ou de références de nature à attester de leurs capacités ont pour effet de restreindre l'accès au marché à des sociétés ou cabinets de création récente, le pouvoir adjudicateur doit permettre aux candidats qui sont dans l'impossibilité objective de produire ces documents et renseignements, exigés par le règlement de la consultation, de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen⁴⁷.

2.2.2.1. La production de références.

La production de références, souvent sollicitée, est source de difficultés pour les avocats tenus de respecter le secret professionnel.

L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 dans sa rédaction résultant de la loi du 11 février 2004, dispose que « *en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

Le principe du secret des relations entre l'avocat et son client, ne fait pas obstacle à la production de références professionnelles, dès lors que ces renseignements ne comportent pas de mention nominative, ni ne permettent d'identifier les clients de l'avocat⁴⁸. Ainsi, un cabinet d'avocat pourra préciser qu'il a accompagné une grande collectivité territoriale dans la conclusion d'un contrat de partenariat de performance énergétique, ou qu'il a obtenu une mission de conseil juridique auprès d'un établissement public pour la passation et l'exécution de ses marchés publics, ou encore, qu'il a participé à l'élaboration d'un Plan Local d'Urbanisme (PLU) d'une collectivité de 50 000 habitants.

Le Conseil national des barreaux a modifié le règlement intérieur national de la profession d'avocat pour permettre aux avocats de faire mention des références nominatives de leurs clients dans les procédures d'attribution de marchés publics, sous réserve d'obtenir leur accord exprès et préalable⁴⁹.

En conséquence,

- les avocats peuvent toujours remettre des références après avoir supprimé les mentions nominatives. Ils doivent prendre les précautions nécessaires afin que l'identification, directe ou indirecte, de leurs clients, ne soit pas possible⁵⁰ ;
- les avocats peuvent présenter des références nominatives, à condition d'avoir obtenu de leurs clients, leur accord préalable et exprès⁵¹. Cette obligation doit donc être rappelée dans les documents de la consultation ;

47. CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Benoît*, n°356455.

48. CE, 7 mars 2005, *Communauté urbaine de Lyon*, n°274286 : « *le principe du secret des relations entre l'avocat et son client ne fait pas obstacle à ce qu'un avocat, candidat à un marché de conseil juridique, présente des références professionnelles comportant l'occultation des éléments nominatifs ou confidentiels* », « *le secret régissant leurs relations avec leurs clients est respecté dès lors que les renseignements qu'ils apportent, ne comportent pas de mention nominative et ne permettent pas non plus d'identifier les personnes qui ont demandé les consultations au travers d'indications sur les circonstances dans lesquels les conseils ont été donnés* ».

49. Article 2-2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat modifié par la décision du Conseil national des barreaux du 17 juillet 2007.

50. CE, 9 août 2006, *Association des avocats conseils d'entreprise, cabinet Philippe Petit et associés*, n°286316.

51. CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix en Provence*, n°314610

– en aucun cas, le pouvoir adjudicateur ne peut imposer aux candidats la communication de références nominatives⁵².

Le pouvoir adjudicateur doit veiller à respecter le principe d'égalité de traitement des candidats, et à ne pas favoriser, par principe, celui qui fournit des références nominatives.

2.2.2.2. Les certificats de spécialisation

Certains avocats peuvent être titulaires d'un certificat de spécialisation, délivré par le président du Conseil national des barreaux, après un examen professionnel et une vérification de leurs aptitudes⁵³. Ce certificat constitue une reconnaissance de leur expérience dans un domaine du droit déterminé.

Le juge administratif a considéré qu'exiger exclusivement la possession de ce certificat comme moyen de démontrer la compétence d'un candidat à exécuter la prestation n'était pas justifié par les exigences propres au marché en cause⁵⁴. Le certificat de spécialisation n'est, en effet, qu'un élément parmi d'autres permettant de justifier des capacités professionnelles d'un candidat. Il ne saurait constituer le seul document exigé et apprécié par l'acheteur public pour une telle démonstration.

2.2.2.3. Les enseignements et les écrits

Dans le cadre des marchés de services juridiques, il peut être particulièrement intéressant de demander aux candidats de fournir une présentation des ouvrages et écrits réalisés dans les revues spécialisées. Ces publications ne peuvent suffire à démontrer l'aptitude du candidat à prodiguer des conseils juridiques, mais participent à l'évaluation de ses compétences⁵⁵. De même, le fait que les avocats soient chargés d'enseignement ne peut pas avoir de caractère déterminant⁵⁶.

Cette seule exigence est discriminatoire à l'encontre d'avocats pouvant disposer des compétences requises, mais ne se livrant pas à une activité d'enseignement, doctrinale ou de publication.

2.3. Les critères d'attribution du marché

2.3.1. Critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Les critères de sélection des offres doivent permettre de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse. Le code des marchés publics autorise certes à utiliser le prix comme unique critère de choix (art. 53). Cette pratique est formellement déconseillée en matière de prestations juridiques. On veillera aussi à ne pas donner au critère prix une pondération excessive. Le choix de critères pertinents et nécessaires à la désignation d'un prestataire, appartient au pouvoir adjudicateur mais doit être en rapport avec l'objet du marché. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution du marché, est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution, dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation.

52. CE, 9 août 2006, n°286316, précité.

53. Article 92-3 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

54. CAA de Douai, 5 juin 2012, *Cabinet MPC avocats*, n°11DA00464.

55. CE, 7 mars 2005, n°274286, précité.

56. Réponse ministérielle n°01616, JO Sénat du 8 mai 2014, p. 1084.



La pondération n'est obligatoire que pour les marchés passés selon une procédure formalisée. Elle ne l'est donc pas pour les marchés de prestations juridiques passés en procédure adaptée. Si le pouvoir adjudicateur souhaite néanmoins pondérer ses critères d'attribution, ces choix ne seront pas neutres : la forte valorisation du critère de la valeur technique devrait aboutir à un choix plus particulièrement fondé sur la qualité du service rendu⁵⁷.

Plusieurs critères de sélection peuvent être envisagés par le pouvoir adjudicateur.

2.3.1.1. Le critère du prix des prestations

Lorsque le tarif n'est pas règlementé, les éléments de coûts présentés par les candidats sont nécessairement à étudier par l'acheteur public.

L'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « *les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client.* ». L'article 10 du décret du 12 juillet 2005 précise que : « *A défaut de convention entre l'avocat et son client, les honoraires sont fixés selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de la notoriété et des diligences de celui-ci* ».

Les honoraires de l'avocat sont donc fonction de la difficulté de l'affaire et du temps qui y est consacré, des travaux de recherche, de l'importance des intérêts en cause, des frais exposés par l'avocat dans l'exécution du marché, de ses diligences, de l'incidence des frais et charges du cabinet auquel il appartient, de sa notoriété, de ses titres, de son ancienneté et de son expérience. Seule une définition précise, détaillée et claire du besoin de l'acheteur public permettra aux soumissionnaires de remettre une offre de prix adaptée et cohérente.

Les acheteurs doivent s'informer sur les taux horaires habituellement pratiqués par les avocats dans le domaine concerné. Ils peuvent se référer à leur propre expérience (anciens marchés) ou interroger d'autres pouvoirs adjudicateurs.

La consultation des sites internet des cabinets d'avocats peut également apporter des informations utiles. Certains d'entre eux mentionnent en effet, les taux horaires pratiqués. Enfin, ils peuvent s'informer des décisions de taxation d'honoraires rendues par le bâtonnier et les cours d'appels sur les sites des barreaux.

L'attention des acheteurs est attirée sur le risque que peut lui faire courir la pratique de prix « cassés ».

Le dispositif relatif à l'identification et au traitement des offres anormalement basses prévu à l'article 55 du code des marchés publics⁵⁸, s'applique aux marchés de prestations juridiques. Le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il constate des écarts de prix importants entre les offres ou avec son estimation, doit demander à l'auteur de l'offre des explications. Ce n'est qu'à l'issue de cette procédure contradictoire, que le pouvoir adjudicateur décide de l'admission ou du rejet de l'offre en cause.

Le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a ainsi comparé le forfait proposé par le candidat pour des consultations juridiques, avec le taux

57. Le juge a par exemple validé les critères pondérés ainsi que la méthode de notation d'un pouvoir adjudicateur dont les documents de la consultation prévoyaient : « *l'attribution du marché à l'offre la plus avantageuse appréciés selon les critères du prix pour 40 %, de la qualité de l'offre pour 40% et de la réactivité pour 20 % ; que le règlement de la consultation prévoyait pour le prix, la réalisation d'une moyenne des taux horaires proposés par les candidats et une notation sur la base de cette moyenne, en fonction de l'écart constaté entre l'offre et la moyenne des prix proposés avec une note de 10 pour un prix correspondant à la moyenne puis 0,5 point en plus ou en moins par tranche de 10% en plus ou en moins au regard du prix moyen* » (TA Lyon, ord. du 6 avril 2009, SCP Bonnet-Lalanne-Thiry, n°0901669).

58. Voir la fiche technique relative à « L'offre anormalement basse ».

horaire usuellement pratiqué par les cabinets d'avocats du secteur d'activité et le taux horaire affiché sur son site internet. Il en a déduit que l'estimation du temps susceptible d'être passé par le candidat obligeait la commune à s'interroger sur le caractère anormalement bas de l'offre⁵⁹. Le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a pu, quant à lui, considérer que la nature et le mode de rendu des services, la structure du groupement attributaire du marché et sa stratégie relationnelle à l'égard d'un client institutionnel, pouvaient justifier que le prix présenté ne correspondait pas au taux moyennement pratiqué par les cabinets d'avocats du même secteur d'activité, ni au taux horaire affiché par le groupement sur son site internet⁶⁰. De même, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bordeaux a considéré que les prix proposés, malgré leur différence avec ceux présentés sur le site internet du cabinet et avec ceux habituellement pratiqués par les cabinets du secteur d'activité, n'étaient pas anormalement bas dès lors qu'ils étaient comparables à ceux pratiqués par le même cabinet dans le cadre d'un marché antérieur, ce qui a pu permettre au pouvoir adjudicateur de juger de la « viabilité économique de l'offre » et de la « qualité du travail fourni »⁶¹.

2.3.1.2. Le critère de la valeur technique de l'offre

Ce critère permet de juger des éléments produits par le candidat à l'appui de son offre, généralement sous la forme d'un mémoire ou d'une note. Cela suppose donc que le pouvoir adjudicateur précise dans les documents de la consultation, les éléments à produire par le candidat pour juger de la valeur technique de l'offre.

Ces éléments peuvent être :

- la description des méthodes de travail proposées par le candidat pour répondre spécifiquement au besoin (modalités de prise en charge d'un dossier, traitement d'une demande en urgence, format des notes remises avec synthèse du problème juridique) ;
- la composition de l'équipe dédiée à l'exécution des prestations avec production de curriculum vitae (avocats, juristes, documentalistes, secrétariat) ;
- les moyens matériels qui seront utilisés pour répondre aux demandes du pouvoir adjudicateur (courriels, ligne téléphoniques, salle de réunion, etc.).

L'article 49 du code des marchés publics autorise également le pouvoir adjudicateur à demander aux candidats, d'accompagner leur offre d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché. *A priori* cette demande ne paraît pas adaptée aux marchés de prestations juridiques. Néanmoins, le juge administratif a récemment considéré que cette exigence pouvait être posée au regard de l'objet du marché (achat de grande valeur). En l'espèce, le règlement de la consultation imposait la présentation d'un avis circonstancié sur le montage juridique envisagé par l'acheteur public, ceci afin d'apprécier la compétence des cabinets d'avocats⁶². Cette pratique est, cependant, déconseillée car susceptible de favoriser des pratiques déloyales.

En tous cas, cette demande implique souvent un investissement significatif pour les candidats, et doit par conséquent, donner lieu au versement d'une prime⁶³.

59. TA Cergy-Pontoise, ord., 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716 : annulation de la décision d'attribution et de signature d'un marché de « soutien et d'assistance juridique », au motif que le pouvoir adjudicateur n'avait pas déclenché la procédure prévue à l'article 55 du code des marchés publics.

60. TA Toulon, ord. 12 juillet 2012, *Société LLC et Associés*, n°1001613.

61. TA Bordeaux, ord. 7 novembre 2013, *SCP CGCB*, n°1303636.

62. CAA Versailles, 2 février 2012, *Cabinet Bruno Kern avocats Selas*, n°09VE01405.

63. « Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime. » (cf. article 49 du code des marchés publics).



2.3.1.3. Le critère du délai d'exécution des prestations

Les candidats peuvent être évalués sur les délais proposés pour répondre à une consultation classique ou en urgence. Ainsi, par exemple, le Conseil d'Etat a validé la méthode d'évaluation des offres fixée par le pouvoir adjudicateur au titre du critère relatif au délai d'exécution des prestations⁶⁴ : la commune a choisi d'établir « la moyenne arithmétique de deux notes, relatives aux consultations classiques et à celles demandées en urgence, chacune de ces deux notes étant déterminée au moyen d'une grille de correspondance entre les délais d'exécution proposés par les candidats et les notes attribuées ».

Des délais anormalement courts proposés par les candidats peuvent cependant nuire à la qualité des prestations remises. Si le pouvoir adjudicateur n'attache pas une importance spécifique à ces délais, il est préférable d'en faire une condition d'exécution du marché plutôt qu'un critère de sélection.

L'analyse des offres remises doit se faire en application des critères posés dans le règlement de la consultation. Ces critères sont intangibles : le pouvoir adjudicateur ne peut les modifier en cours de procédure.

2.3.1.4. Les critères de la qualification et de l'expérience

En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et dès lors qu'il n'a pas d'effet discriminatoire⁶⁵. Dans certains domaines d'activité, la définition d'un tel critère entraîne nécessairement une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats à la commande publique tel que fixé à l'article 1^{er} du code des marchés publics⁶⁶.

Sous ces réserves, il a pu être jugé que, dans le cadre d'un marché public de prestations de conseil juridique, le pouvoir adjudicateur pouvait retenir un critère tiré de la qualification et de l'expérience des candidats⁶⁷.

2.3.2. Phase de négociation

La procédure adaptée permet au pouvoir adjudicateur de négocier avec les candidats ayant présenté une offre. La négociation constitue un élément important de la qualité de l'achat public. S'il souhaite négocier, le pouvoir adjudicateur doit l'annoncer dès le début de la procédure et se conformer à son annonce⁶⁸ : dès lors qu'il a expressément prévu la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier.

Le principe d'égalité de traitement des candidats doit conduire les acheteurs à négocier avec l'ensemble des prestataires ayant remis une offre. Il peut cependant décider de ne négocier qu'avec un certain nombre de candidats, à condition d'annoncer, dans les documents de la consultation, le nombre de candidats qui sera invité à la négociation, ainsi que les critères sur la base desquels ils seront sélectionnés.

64. CE, 31 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n°333737.

65. CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n°348254 ; CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°314610.

66. CAA Douai, 7 juin 2011, *Office municipal de tourisme de Berck sur Mer*, n°10DA00232.

67. CAA Marseille, 29 octobre 2012, n°10MA02554, précité.

68. TA Lille, 5 avril 2011, *Préfet du Nord*, n°s1003008 et 1003238 et TA Toulouse, 23 novembre 2010, *Société FM Projet*, n°1004555.

Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix (article 28 du code des marchés publics). Elle ne doit cependant pas conduire à modifier les caractéristiques principales du marché ou abandonner un critère de jugement en cours de procédure⁶⁹.

Le pouvoir adjudicateur peut admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Si ces offres ne sont pas régularisées en cours de négociation, elles devront être rejetées⁷⁰.

Dans le cadre de la passation d'un marché de prestations juridiques, le pouvoir adjudicateur peut négocier sur le taux horaire proposé par les candidats mais également sur les délais de réponse, les frais de déplacement, la disponibilité, les modalités de soutien des services juridiques du pouvoir adjudicateur, etc.

Pour répondre à l'exigence de transparence, l'acheteur devra veiller à la traçabilité des échanges avec chacun des candidats ainsi qu'au maintien du même niveau d'information.

Cette négociation peut être plus ou moins approfondie. La jurisprudence est fluctuante sur ce point. Elle peut se limiter, si l'acheteur s'estime suffisamment éclairé, à demander aux candidats les mieux notés, s'il s'agit de leur meilleure offre en termes de prix ou de délais d'exécution par exemple.

La négociation est particulièrement utile dans un marché de prestations juridiques, eu égard à l'importance de la relation de confiance qui doit s'établir entre l'avocat et son client. Elle permet, en effet, en confrontant plusieurs devis des futurs prestataires potentiels de préciser les modalités du travail demandé et proposé, de manière plus concrète que les réponses parfois stéréotypées faites sur leurs capacités techniques par des cabinets rompus à l'exercice de l'appel d'offres.

2.4. Phase d'attribution

2.4.1. Information des candidats

L'information immédiate des candidats évincés et le respect du délai de *stand still* avant la signature du contrat ne sont pas obligatoires pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Prévenir les soumissionnaires du rejet de leur offre relève cependant de la plus élémentaire courtoisie.

En revanche, l'acheteur public est tenu, en vertu des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics, de communiquer à tout candidat écarté qui en fait la demande écrite, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre. En outre, si son offre a été rejetée pour un motif autre que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue devront également lui être communiqués, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

En toute hypothèse, seule la publication au JOUE d'un avis d'intention de conclure⁷¹ et le respect d'un délai de 11 jours avant la signature du marché permet de fermer la voie du référé contractuel.

69. CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n°344244. : abandon en cours de procédure du critère prix.

70. CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense*, n°353121.

71. Article 40-1 du code des marchés publics.



2.4.2. Notification

Le marché ou l'accord-cadre d'un montant supérieur à 15 000 euros HT doit être notifié au titulaire avant tout commencement d'exécution.

2.4.3. Avis d'attribution

Lorsque le montant du marché est supérieur au seuil de 207 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur doit publier un avis d'attribution au JOUE et au BOAMP dans les conditions fixées par l'article 85 du code des marchés publics.

FICHE 18

Les conventions de recherche d'économies

Les conventions de recherche d'économies ou « d'optimisation des coûts » peuvent constituer un outil efficace de rationalisation de l'usage des deniers publics.

Deux types, au moins, de conventions de recherche d'économies peuvent être distingués :

– celles qui ont pour objet la recherche d'économies par la mise en œuvre d'actions de réduction des consommations d'énergie, dans le cadre, par exemple, de marchés relatifs à l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'installations de chauffage, de production d'eau chaude et de climatisation de bâtiments¹ ;

– celles qui ont pour objet la recherche d'économies réalisables sur les charges sociales et fiscales supportées par les personnes publiques (charges sociales recouvertes par les organismes de sécurité sociale, de retraite et d'assurances chômage, taxe foncière, taxe d'habitation, taxe sur la valeur ajoutée, impôt sur les sociétés, *etc.*).

La présente fiche traite, plus particulièrement, de ces dernières, également désignées sous les termes de contrats « d'optimisation fiscale et sociale ». Il s'agit pour les prestataires de services de s'assurer que les charges acquittées par la personne publique sont vraiment dues, que des exonérations, des dégrèvements, réductions de charges n'auraient pas pu être envisagés, et de l'assister, le cas échéant, dans ses démarches auprès des différentes administrations pour récupérer les charges indûment versées.

Les sociétés de conseil qui offrent ce type de prestation n'hésitent pas, depuis quelques années, à démarcher les collectivités territoriales et certains établissements publics afin de leur proposer spontanément leurs services dans ce domaine et la signature de contrats-types. Or, les offres spontanées ne permettent pas à l'acheteur public de contracter directement, sans publicité ni mise en concurrence, avec les entreprises qui en sont à l'origine². La présente fiche a pour objectif d'attirer l'attention des acheteurs publics sur les règles applicables en cette matière.

I. Les conventions de recherche d'économies sont des marchés publics

Conclues entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur contre rémunération, pour répondre au besoin de ce dernier en matière de services, les conventions de recherche d'économies répondent à la définition de marchés publics donnée à l'article 1^{er} du code des marchés publics.

1. CE, 12 mars 2012, *Dynacité et autres*, n°354355 à 354358.

2. Point 10.1.2 du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Le caractère onéreux de ces conventions ne fait aucun doute, même dans les hypothèses où le contrat prévoit que le prestataire ne sera rémunéré que sous la réserve qu'il ait identifié des économies potentielles à réaliser. En effet, l'indétermination du prix au moment de la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à ce que le caractère onéreux du contrat soit reconnu³.

De même, la circonstance que le pouvoir adjudicateur ait été démarché par une société lui ayant proposé une offre spontanée ne répondant pas à un besoin initialement exprimé par celui-ci, est sans incidence sur la qualification de ces conventions de marchés publics. En effet, le fait que le pouvoir adjudicateur ait accepté l'offre du prestataire atteste qu'il a finalement identifié un besoin qu'il souhaite satisfaire en recourant à lui⁴. Aussi, dès lors que le pouvoir adjudicateur décide de donner suite à cette proposition, il doit procéder à une publicité et organiser une mise en concurrence de tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés.

2. La détermination de la procédure de passation des conventions de recherche d'économies.

2.1. Les prestations de recherche d'économies peuvent relever des services de l'article 29 ou de ceux de l'article 30 du code des marchés publics

Ces conventions peuvent se rattacher à la catégorie des services d'audit ou à celle des services de conseil en gestion et services connexes de l'article 29 du code des marchés publics⁵.

Elles peuvent aussi constituer des consultations juridiques relevant de l'article 30 du code⁶. Il a ainsi été jugé que la prestation consistant exclusivement en la vérification, au regard de la réglementation en vigueur, du bien-fondé de cotisations sociales et de taxes sur les salaires versées par un établissement, en la formulation de propositions et en une assistance dans les démarches entreprises pour obtenir la restitution des sommes indument versées relève dans son ensemble d'une activité de consultation juridique⁷. De même, la mission consistant à analyser des documents, rédiger un rapport, effectuer des démarches auprès de l'administration fiscale afin d'obtenir des dégrèvements et à analyser des impositions, présenter des demandes de correction auprès de l'administration fiscale et à en rendre compte à la ville, dans le cadre d'un lot relatif à l'optimisation des bases fiscales des taxes foncière et d'habitation auxquelles sont assujetties des activités économiques d'une ville, relèvent d'une activité juridique⁸.

La détermination de la nature des services en cause, objet de la convention de recherche d'économies, dont dépendent les conditions de passation du contrat (recours à une procé-

3. CE Ass, 4 novembre 2005, *société Jean-Claude Decaux*, n°247298 et 247299.

4. TA Nîmes, 6 mai 2010, *société CTR*, n°0900993 ; TA Pau, 14 décembre 2010, *société CTR*, n°0900090.

5. CAA Bordeaux, 11 janvier 2011, *société CTR*, n°09BX02684 ; CAA Nancy, 4 juin 2012, *société CTR*, n°10NC02028 ; TA Pau, 14 décembre 2010, *société CTR*, précité ; TA Orléans, 25 mars 2011, *société CTR*, n°0904584 ; TA Lille, 8 avril 2011, *société CTR*, n°0706945 ; TA Limoges, 15 mars 2012, *société Exelcia*, n°1001259.

6. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452 et n°11LY01448, TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, n°0902658.

7. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452.

8. TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, précité.



dure formalisée ou adaptée) relève d'une analyse au cas par cas en fonction de l'objet des prestations de chaque convention.

Lorsque les prestations objet de la convention relèvent exclusivement de l'une des catégories de services de l'article 29 du code, le pouvoir adjudicateur doit organiser une procédure formalisée dès lors que les seuils fixés à l'article 26 du code sont atteints. Dans les hypothèses où le prix du marché est fixé en fonction des résultats, en cas d'incertitude sur ce montant, et, par suite, sur celui du marché, il est recommandé de recourir à une procédure formalisée. Cette précaution permettra de se prémunir contre un éventuel dépassement du seuil qui rendrait la procédure irrégulière si le marché était conclu à la suite d'une procédure adaptée.

Lorsque les prestations objet de la convention constituent des services juridiques, le pouvoir adjudicateur peut passer le marché en recourant à une procédure adaptée, quel que soit le montant de celui-ci⁹.

Si le marché comprend à la fois des services de l'article 29 et des prestations relevant de l'article 30, la procédure de passation devra être déterminée en fonction de la catégorie de services, objet du marché, dont le montant estimé est le plus élevé¹⁰.

2.2. La présence de services juridiques affecte la liberté d'accès des candidats à la consultation

Lorsque la convention de recherche d'économies comporte des prestations juridiques, le principe de la liberté d'accès à la commande publique doit être concilié avec la réglementation applicable à cette activité. L'article 54 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques encadre strictement les catégories de personnes susceptibles de délivrer des consultations juridiques. Une consultation juridique ne peut être effectuée à titre onéreux que par des professionnels du droit ou d'autres professions qualifiées à titre accessoire de leur activité principale pour autant qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 60 de la loi. L'attribution d'un marché de services juridiques en méconnaissance de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence prescrites par le code des marchés publics¹¹ susceptible d'entraîner sa nullité¹² pour cause illicite¹³.

L'acheteur public doit donc vérifier que les candidats sont autorisés à donner des consultations juridiques dans le domaine du droit, objet du marché¹⁴. A cet égard, l'avis de publicité ou le règlement de la consultation peut utilement rappeler que le marché ne pourra être attribué qu'à un professionnel autorisé à délivrer des consultations juridiques dans le domaine objet du marché.

L'acheteur public peut se référer sur ce point à la fiche technique sur « Les marchés de services juridiques », notamment son paragraphe 2.2.

9. Fiches techniques sur « Les marchés de services juridiques » et « Les marchés à procédure adaptée ».

10. Article 30-III du code des marchés publics.

11. TA Paris, ord., 27 juillet 2007, *Groupement solidaire Palmier/ Rayssac*, n° 710469.

12. TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, précité.

13. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452 ; (La cause de l'obligation constitue, suivant les dispositions de l'article 1108 du code civil, avec le consentement des parties qui s'obligent, la capacité à contracter et l'objet, l'une des quatre conditions de validité du contrat. Ainsi, un contrat dépourvu de cause ou reposant sur une cause illicite est nul).

14. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452.

3. La détermination du prix dans les conventions de recherche d'économies

3.1. Le prix de la convention doit être déterminé ou déterminable

La rémunération du prestataire apparaît fréquemment dans les conventions de recherche d'économies sous la forme d'un pourcentage appliqué aux économies réalisées. Ce mode de rémunération présente l'avantage d'être particulièrement incitatif : le pouvoir adjudicateur ne rétribuera la société de conseils que si celle-ci atteint l'objectif qui lui a été assigné. A défaut d'économies réalisées, la personne publique ne supportera aucune dépense.

Aucune règle, ni aucun principe du droit de la commande publique ne s'oppose à ce que le cocontractant soit rémunéré en proportion des objectifs atteints. Il est, en effet, déjà admis que la rémunération d'un marché puisse provenir des recettes nées à l'occasion de son exécution¹⁵. De même, le fait que la rémunération du cocontractant soit exprimée sous la forme d'un taux ne pose pas, non plus, de difficulté : c'est le cas notamment des honoraires rémunérant les missions du maître d'œuvre qui peuvent résulter de l'application du taux de rémunération au coût des travaux¹⁶.

Dans les hypothèses où le prix du marché est fixé en fonction d'un pourcentage appliqué au montant des économies réalisées, le prix ne pourra pas, par définition, être déterminé au moment de la notification du marché. Il devra, en revanche, être déterminable. En effet, l'article 12 du code des marchés publics prévoit que les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement le prix ou les modalités de sa détermination. Bien que cette règle ne soit pas expressément prévue dans le code pour les marchés à procédure adaptée, ces derniers doivent également comporter l'indication du prix ou les modalités de sa détermination. Le prix est, en effet, un élément essentiel d'un contrat conclu à titre onéreux¹⁷, dont l'absence est susceptible de remettre en cause la régularité du marché¹⁸.

Pour qu'un prix soit déterminable, les clauses du marché doivent indiquer les éléments entrant dans la détermination du prix et la méthode de calcul applicable. Ce prix doit pouvoir être établi en vertu des seules clauses du contrat, par application de paramètres ne dépendant pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties¹⁹. Il est recommandé de s'assurer que l'application de la méthode de calcul ne soit pas susceptible d'aboutir à un montant de rémunération disproportionné et sans lien avec la valeur réelle des prestations réalisées. A cet égard, l'acheteur public a la possibilité notamment d'introduire un plafonnement de la rémunération.

L'acheteur public peut également prévoir une rémunération mixte assise à la fois sur un prix forfaitaire et une clause de rémunération incitative visant à intéresser le prestataire aux résultats obtenus lors de l'exécution du marché. Si les conditions déterminées contractuellement sont réunies, le titulaire pourra percevoir, en sus du prix de règlement initialement prévu, une prime. Plus il aura été performant par rapport à l'objectif fixé *a minima*, plus il sera récompensé, sa rémunération étant modulée en fonction du score atteint²⁰.

15. CE Ass., 4 novembre 2005, *société Jean-Claude Decaux*, précité.

16. Voir aussi CAA Paris, 20 octobre 2011, *Société Brame et Lorenceau*, n°09PA05557 : dans le cadre d'un marché d'expertise ayant pour objet la fixation du prix d'une œuvre d'art, les honoraires de l'expert étaient formulés en pourcentage de la valeur estimée de cette œuvre.

17. CE, 28 mars 1980, *Société « Cabinet 2000 »*, n° 07703.

18. CE, 20 mars 1936, *Sieur Loof*, n°33503 ; CE, 9 mars 1960, *Sieur Massida*, n° 39717.

19. Cass, civ., 19 février 1974, pourvoi n°73-10325.

20. Guide « Le prix dans les marchés publics », paragraphe 4.2.



3.2. La présence de services juridiques doit être prise en compte dans la rédaction des clauses définissant le prix

Lorsque le contrat comporte des services juridiques, le prix du marché ne peut pas dépendre exclusivement de la réalisation du résultat imparté. En effet, le troisième alinéa de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques prohibe les honoraires d'avocats calculés exclusivement en fonction du résultat. Par suite, le pouvoir adjudicateur ne peut prévoir, dans des marchés comprenant des services juridiques, une rémunération du titulaire qui serait exclusivement fonction des résultats obtenus. Cela aurait pour conséquence de priver les avocats de la possibilité de soumettre une offre régulière et conforme à leurs obligations professionnelles²¹. Le marché doit donc prévoir une part du prix rémunérant les prestations effectuées quels que soient les résultats obtenus.

L'acheteur public conserve la possibilité de prévoir une rémunération mixte qui, outre la rétribution des prestations effectuées, comprendrait une rémunération complémentaire qui serait versée au prestataire en fonction de l'atteinte des objectifs fixés.

4. Les conséquences de la nullité de la convention

Dans le cadre du contentieux de l'exécution, en cas de nullité de la convention prononcée par le juge pour méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence²² ou cause illicite²³, le paiement des prestations effectuées ne pourra, en conséquence, intervenir sur le fondement du contrat.

Le prestataire pourra réclamer une indemnisation au titre de la théorie de l'enrichissement sans cause. Cette théorie lui permet d'obtenir, sous réserve de justifications, le remboursement des seules dépenses exposées qui ont été effectivement utiles à la collectivité publique. La notion de « dépenses utiles » renvoie à celle de « coût de revient » des prestations, qui exclut la marge bénéficiaire que le prestataire aurait pu escompter de l'exécution de la convention.

Cependant, en cas de dommage imputable à la faute de la collectivité publique résultant notamment de la signature par celle-ci d'une convention illégale, le prestataire pourra être indemnisé du gain manqué, c'est-à-dire du bénéfice dont il a été privé du fait de la nullité du contrat²⁴. Néanmoins, le juge peut décider que la charge de cette indemnisation sera partagée entre les ex-contractants : une part de la responsabilité est laissée au prestataire dès lors qu'il ne pouvait ignorer, en démarchant la collectivité publique, qu'il lui proposait la signature d'un contrat illégal ; son comportement est, également, par suite, à l'origine de la perte des revenus qu'aurait pu lui procurer l'exécution du contrat²⁵.

21. TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, précité.

22. L'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence ne saurait entraîner la nullité du marché qu'à la condition que cette irrégularité présente une gravité suffisante et ait été commise dans des conditions particulières (CE, 28 décembre 2009, *commune de Béziers*, n°304802 ; CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n°338551 ; CE, 29 septembre 2014, *société Grenke location*, n°369987).

23. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, précité.

24. CE, 20 octobre 2000, *Citecâble Est*, n°196553.

25. CE, 10 avril 2008, *société Decaux*, n°244950 ; CE, 26 mars 2008, *société SPIE Batignolles c/ département de La Réunion*, n°270772.

FICHE **19****L'accès des entreprises en difficulté
aux marchés publics****I. Qu'est ce qu'une entreprise en difficulté
financière ?****I.1. L'entreprise en procédure de sauvegarde**

Les articles L. 620-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de sauvegarde d'une entreprise.

Une telle procédure est ouverte sur demande d'un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Un débiteur est toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que toute personne morale de droit privé (article L 620-2).

Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal de commerce (si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale) ou le tribunal de grande instance arrête un plan par jugement motivé. Ce plan de sauvegarde est précédé d'une période d'observation et comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

Si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et que la clôture de la procédure conduirait de manière certaine à la cessation des paiements, le tribunal peut convertir la procédure de sauvegarde en redressement ou en liquidation judiciaire.

L'article L 628-1 du code de commerce institue une procédure de sauvegarde dite « accélérée » qui permet d'offrir au débiteur la possibilité de procéder à une réorganisation plus rapide de son entreprise. La sauvegarde accélérée doit respecter certaines conditions :

- elle ne peut être ouverte qu'à la demande de l'entreprise et celle-ci doit bénéficier d'une procédure de conciliation en cours,
- l'entreprise doit avoir élaboré un projet de plan avec ses principaux créanciers lors de la conciliation,
- l'entreprise peut être en cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure, à condition que cet état ne soit pas antérieur de plus de 45 jours à la demande d'ouverture de la procédure de conciliation.

I.2. L'entreprise en redressement judiciaire

Les articles L. 631-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de redressement judiciaire. Une telle procédure est ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La procédure de redressement commence par une période d'observation d'une durée maximale de 6 mois, renouvelable une fois et qui peut être exceptionnellement prolongée de 6 mois.

À l'issue de la période d'observation, lorsque l'entreprise a des chances d'être sauvée, le tribunal adopte un plan de redressement qui indique les mesures économiques de réorganisation de l'entreprise consistant en l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

1.3. L'entreprise en liquidation judiciaire

Les articles L. 640-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de liquidation judiciaire. Une telle procédure est ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens. Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure.

1.4. La faillite personnelle

Les articles L. 653-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de faillite. La faillite est une sanction qui peut être prononcée par le tribunal saisi de la procédure collective (redressement et liquidation judiciaire), à l'encontre d'une personne physique.

La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale.

1.5. L'entreprise en procédure de rétablissement professionnel

La procédure de rétablissement professionnel, prévue aux articles L 645-11 et suivants du code de commerce, est destinée aux entrepreneurs individuels, personnes physiques, qui n'ont pas de salarié et dont l'actif est inférieur à un certain seuil. Inspirée du rétablissement personnel des procédures de surendettement des particuliers, elle offre au débiteur la possibilité de bénéficier d'un effacement de ses dettes.

2. L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics

2.1. Le libre accès pour les entreprises en procédure de sauvegarde, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel

Le code des marchés publics n'édicte aucune interdiction, ni restriction d'accès, aux entreprises admises en procédure de sauvegarde¹, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel.

1. Réponse ministérielle n° 18705, JO Sénat du 12 avril 2012, p. 927.



Ces entreprises peuvent donc librement candidater à un marché public et n'ont pas à produire de jugement à l'appui de leurs candidatures. L'acheteur public doit toutefois apprécier, comme pour les autres candidats, si ces entreprises disposent des capacités techniques, économiques et financières nécessaires pour exécuter le marché.

2.2. Les adaptations pour les entreprises en redressement judiciaire

2.2.1. Au stade de la sélection des candidatures

L'article 44 du code des marchés publics permet aux entreprises en redressement judiciaire de candidater à un marché public, à condition de produire, à l'appui de leur candidature, une copie du ou des jugements prononcés par le tribunal. Cette disposition permet à ces entreprises de poursuivre leur activité économique afin de leur laisser une chance de surmonter leurs difficultés, tout en permettant au pouvoir adjudicateur d'être informé de leur situation.

Conformément au 3° de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, les entreprises en redressement judiciaire doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Dans le cas où la durée du marché est supérieure à celle de la période d'observation définie par le juge, la candidature de l'entreprise devra être rejetée².

2.2.2. Au stade de l'attribution

Seules les entreprises en redressement judiciaire bénéficiant d'un plan de redressement pourront se voir attribuer un marché.

La lettre-circulaire n° 2008-54 du 24 juin 2008 de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale prévoit qu'une entreprise en redressement judiciaire peut obtenir l'attestation de régularité fiscale et sociale, lorsque la date à laquelle est appréciée la situation de l'entreprise se situe après l'adoption du plan de redressement de l'entreprise.

L'attestation pourra être délivrée si le plan de redressement est respecté, soit au 31 décembre de l'année précédent l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, soit à la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence.

En effet, conformément aux termes de la même lettre-circulaire du 24 juin 2008, une entreprise en redressement judiciaire en cours de période d'observation ne peut être considérée en situation régulière au regard de ses obligations fiscales et sociales. Par conséquent, une telle entreprise ne pourra se voir délivrer une attestation de régularité fiscale et sociale conformément aux exigences posées à l'article 46 du code des marchés publics et ne pourra donc pas être attributaire d'un marché public.

2.2.3. Le cas particulier de l'entreprise placée en redressement judiciaire après le dépôt de sa candidature et de son offre, mais avant la signature du marché

Lorsqu'une entreprise candidate est placée en redressement judiciaire postérieurement au dépôt de sa candidature et de son offre mais antérieurement à la signature du marché,

2. CE, 10 novembre 2010, *Ministre de la Défense*, n° 341132. V. également réponse ministérielle n° 55075, JOAN du 29 juillet 2014, p. 6474.

elle doit en informer sans délai le pouvoir adjudicateur et lui communiquer le jugement prononçant ce placement en redressement judiciaire.

Le pouvoir adjudicateur doit alors procéder de nouveau à l'examen de la candidature de cette entreprise pour vérifier qu'elle présente toujours les capacités financières suffisantes pour exécuter le marché et qu'elle a été habilitée à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Si, au terme de ce réexamen, la candidature de l'entreprise apparaît irrecevable, le pouvoir adjudicateur doit la rejeter, même s'il avait déjà procédé au classement des offres et choisit l'attributaire. Le Conseil d'Etat a jugé que l'absence d'élimination de l'entreprise constitue un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence par l'acheteur public³.

2.3. Le principe de l'interdiction pour les entreprises en liquidation judiciaire et en faillite personnelle

L'article 43 du code des marchés publics interdit aux entreprises se trouvant dans certaines situations particulières de soumissionner aux marchés publics et aux accords-cadres, par renvoi aux dispositions des articles 8 et 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

L'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précise, dans son 3°, que sont concernées par cette interdiction de soumissionner, « *les personnes soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce* ». Sont également visées « *les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée [...] ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger* ».

Les candidatures d'entreprises en liquidation judiciaire ou de personnes physiques en situation de faillite personnelle doivent donc être rejetées conformément à l'article 52 du CMP.

3. La candidature des groupements composés d'une entreprise en difficulté

3.1. Présence dans le groupement d'une entreprise en procédure de sauvegarde, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel

La présence d'une entreprise en procédure de sauvegarde, de sauvegarde accélérée ou de rétablissement professionnel dans un groupement n'emporte aucune conséquence dès lors que ces entreprises peuvent librement accéder à la commande publique (cf. point 2.1).

3.2. Présence dans le groupement d'une entreprise en redressement judiciaire

3.2.1. Entreprise en redressement judiciaire avant la remise des candidatures.

La présence d'une entreprise en redressement judiciaire dans un groupement ne pose pas de difficulté dès lors que l'entreprise fournit, conformément à l'article 44 du CMP,

3. CE, 26 mars 2014, *Commune de Chaumont c/ SA Ateliers bois*, n° 374387.



la copie du ou des jugements prononcés par le tribunal et que le pouvoir adjudicateur s'assure que l'habilitation donnée par le tribunal couvre la période d'exécution du marché (cf. point 2.2.1).

3.2.2. Entreprise en redressement judiciaire entre la remise des candidatures et la signature du marché

Si l'un des membres du groupement fait l'objet d'une mise en redressement judiciaire entre le dépôt des candidatures et la signature du marché, la candidature du groupement reste valable dès lors que l'entreprise fournit la copie du ou des jugements prononcés par le tribunal et que l'habilitation donnée par le tribunal couvre la période d'exécution du marché.

En revanche, si l'habilitation donnée par le tribunal ne couvre pas la période d'exécution du marché, la candidature de l'entreprise en redressement judiciaire ne peut être admise. Pour éviter de rejeter la candidature du groupement, l'article 51 IV du CMP permet d'accepter une modification de la composition du groupement lorsque l'un de ses membres est placé dans l'impossibilité d'assurer la part des prestations qui lui est dévolue. Le pouvoir adjudicateur peut alors accepter de maintenir la candidature du groupement si ce dernier établit sa capacité à exécuter le marché, soit parce que les membres restants détiennent à eux seuls une capacité suffisante, soit parce qu'ils compensent le départ de l'entreprise en redressement judiciaire en faisant appel à la sous-traitance.

3.3. Présence dans le groupement d'une entreprise en liquidation judiciaire

3.3.1. Entreprise en liquidation judiciaire avant la remise des candidatures

Conformément à l'article 43 du CMP, la candidature d'un groupement dont un des membres est en liquidation judiciaire rend la candidature du groupement irrecevable.

3.3.2. Entreprise en liquidation judiciaire entre la remise des candidatures et la signature du marché

Si l'un des membres d'un groupement est placé en liquidation judiciaire entre le dépôt des candidatures et la signature du marché, il ne peut continuer à participer à la procédure.

L'article 51 IV du CMP permet toutefois au groupement de demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant, le cas échéant, à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.

FICHE **20****La simplification du dossier de candidature**

Pour de nombreux opérateurs économiques, la constitution des dossiers de candidature est trop complexe et coûteuse du fait du nombre des documents à produire.

Dans le but de favoriser l'accès des entreprises, notamment des PME-TPE, aux marchés publics, le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics a intégré dans le code des marchés publics (CMP) les mesures, issues des nouvelles directives européennes, destinées à alléger les dossiers des entreprises candidates :

- l'interdiction pour les acheteurs publics de demander des documents justificatifs qu'ils peuvent obtenir directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numérique ;
- l'incitation des acheteurs publics à permettre aux entreprises de ne pas fournir les documents qu'elles leur ont déjà fournis dans le cadre d'une précédente procédure et qui demeurent valables.

I. Le recours aux bases de données, systèmes électroniques et espaces de stockage numérique

Le VI de l'article 45 et le I de l'article 46 du CMP prévoient désormais que lorsque l'acheteur public procède à la vérification des candidatures, il ne peut exiger des renseignements ou documents justificatifs qu'il aurait la possibilité d'obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, accessibles gratuitement.

L'utilisation de ces outils allégera la charge administrative des entreprises et permettra à l'acheteur public de disposer d'informations récentes.

Ce nouveau procédé suppose que les candidats fournissent l'ensemble des informations nécessaires à la consultation de ces outils numériques. Ils devront indiquer clairement au pouvoir adjudicateur les modalités précises de consultation de ceux-ci. Le candidat pourra par exemple indiquer dans la lettre de candidature (DC1) l'adresse électronique permettant à l'acheteur d'avoir accès aux documents demandés au titre de la candidature.

L'utilisation de ces nouvelles dispositions n'est pas réservée aux seules procédures dématérialisées. On peut tout à fait envisager que, dans le cadre d'une réponse « papier », l'entreprise fournisse de la même manière à l'acheteur public l'ensemble des informations nécessaires à la consultation de ces outils numériques.

1.1. Le recours aux systèmes électroniques de mise à disposition d'informations administrés par un organisme officiel

- Les bases de données

Il n'existe encore que peu de bases de données administrées par un organisme officiel permettant aux acheteurs publics d'accéder aux informations ou documents visés aux articles 45 et 46. Notamment, les organismes délivrant les certificats et attestations prouvant que le candidat a satisfait à ses obligations fiscales et sociales ne disposent que rarement d'espace permettant l'accès direct à ces documents par les pouvoirs adjudicateurs. Le décret du 26 septembre 2014 offre désormais un cadre réglementaire au développement de tels outils.

L'exemple de l'accès dématérialisé au casier judiciaire

Afin de vérifier que les entreprises ne se trouvent pas dans un cas d'interdiction de soumissionner qui les empêcherait de se voir attribuer le marché, les acheteurs publics peuvent accéder de manière dématérialisée au casier judiciaire.

Les articles 776 et 776-1 du code de procédure pénale disposent que le bulletin n° 2 du casier judiciaire est délivré aux préfets, aux administrations publiques de l'Etat, aux collectivités locales pour l'instruction des « *saisies de propositions ou soumissions pour les adjudications de travaux ou de marchés publics* ». Cette faculté est étendue à d'autres pouvoirs adjudicateurs par l'article R.79⁴⁵⁶.

Le ministère de la justice met à disposition un site Internet qui permet, à partir d'un formulaire en ligne, d'obtenir le bulletin n°2 du casier judiciaire. Pour obtenir un ou plusieurs codes d'accès à ce site, les administrations doivent faire une demande d'habilitation en précisant obligatoirement :

- l'intitulé précis de l'administration ou de l'organisme demandeur ;
 - son adresse postale exacte ;
 - la liste complète des motifs pour lesquels les bulletins n° 2 seront demandés ;
 - l'autorité signataire autorisée à engager la responsabilité du service,
- et l'adresser soit par courrier électronique à : cjn2@justice.gouv.fr, soit par courrier postal à l'adresse suivante : Casier judiciaire national – Internet B2 – 44317 NANTES CEDEX 3

- Le dispositif « Marché public simplifié » (MPS) : un service à la disposition des acheteurs et des candidats

MPS est un service du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP) qui permet aux entreprises de répondre à un marché public avec leur seul numéro SIRET dès lors que l'acheteur public a identifié ce marché comme éligible au dispositif.

Lorsqu'un marché est identifié MPS, les entreprises peuvent soumissionner en utilisant le formulaire MPS disponible sur le profil d'acheteur (plateforme de dématérialisation). Ce formulaire en ligne, pré-rempli grâce au numéro SIRET, permet à l'entreprise de bénéficier d'une reprise de ses données d'identité (raison sociale, forme juridique, dirigeant principal, adresse, chiffres d'affaires s'ils sont disponibles...) et permet au système de collecter auprès des administrations de référence les attestations et certificats.

MPS n'est pas une base de données à proprement parler mais un système d'information qui met à disposition des acheteurs publics les informations et documents administratifs produits ou détenus par les autorités administratives partenaires (INSEE, DRFIP, ACOSS, Infogreffe...). Il s'agit d'un « *système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel* » au sens de l'article 45 du code des marchés publics.

1. Art. R.79 du code de procédure pénale : « *Outre le cas prévu aux 1°, 2° et 4° de l'article 776, le bulletin n° 2 du casier judiciaire est délivré : 8° Aux collectivités publiques locales, à la Société nationale des chemins de fer français, aux Charbonnages de France et houillères de bassin, à Electricité de France et Gaz de France, à la Banque de France, saisis de demandes d'emplois, de soumissions pour les adjudications de travaux ou de marchés publics ou en vue de poursuites disciplinaires* ».



Eu égard à la simplicité qu'il apporte, le recours au dispositif MPS est vivement conseillé. L'utilisation de ce dispositif repose sur une démarche volontaire des acheteurs, dès lors que c'est à eux qu'appartient l'initiative d'identifier le marché comme éligible au dispositif MPS, et non aux candidats. Dans l'intérêt de tous, les acheteurs sont encouragés à adhérer au dispositif qui simplifie les démarches des candidats.

Pour plus d'informations, voir la présentation disponible sur le portail de la modernisation de l'action publique.

1.2. Les espaces de stockage numérique

La notion d'espace de stockage numérique recouvre tout support de stockage en ligne accessible par le pouvoir adjudicateur, quel que soit son degré de sécurité, qu'il s'agisse d'un coffre-fort électronique, à l'instar de ceux proposés par exemple par les plateformes de dématérialisation, ou d'un simple site internet propre à l'opérateur économique.

La possibilité offerte aux entreprises de ne pas fournir au pouvoir adjudicateur les pièces qu'elles rendent disponibles sur un tel espace de stockage numérique concerne, comme dans le cas des systèmes électroniques exposés au point 1.1, les documents et renseignements visés aux articles 45 et 46 du code, c'est-à-dire les documents nécessaires à la vérification de la capacité des candidats et de la régularité de leur situation sociale et fiscale.

En revanche, la déclaration sur l'honneur justifiant que le candidat ne fait l'objet d'aucune interdiction de soumissionner et le jugement de redressement judiciaire, visés à l'article 44, n'ont pas vocation à être communiqués par le biais d'un espace de stockage numérique.

De même, la lettre de candidature (ou le formulaire DC1 qui en tient lieu) ne peut être mise à disposition sur un espace de stockage numérique. Elle doit être transmise selon les modalités de remise des candidatures prévues par le règlement de la consultation (papier, transmission électronique via le profil d'acheteur).

- Les renseignements et documents visés à l'article 45

Conformément à l'article 45, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. La liste de ces renseignements et documents est fixée par l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

Les documents pouvant être déposés par les opérateurs économiques sur les espaces de stockage numériques sont donc l'ensemble des renseignements et documents demandés par l'acheteur public dans son règlement de la consultation pour vérifier les capacités des candidats et qui sont traditionnellement fournis dans le cadre du formulaire DC2.

- Les documents et renseignements visés à l'article 46

Aux termes de l'article 46 du CMP, les attestations fiscales et sociales sont demandées par le pouvoir adjudicateur, à l'issue de la procédure, au seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché.

En l'absence de système informatique au sens du point 1.1 permettant à l'acheteur public d'accéder directement et gratuitement à ces documents (en dehors du dispositif MPS), l'attributaire pressenti doit, lorsque l'acheteur lui en fait la demande :

– soit envoyer directement les attestations fiscales et sociales au pouvoir adjudicateur sous format papier ou dématérialisé ;

– soit lui communiquer les modalités de consultation de ces attestations sur l'espace de stockage numérique dans lequel il les a déposées.

Même si l'attributaire pressenti a déjà fourni, en début de procédure, ces attestations sur le même espace de stockage numérique que les documents présentés à l'appui de sa candidature en application de l'article 45, l'acheteur doit néanmoins formuler la demande de transmission de ces documents (cette demande est traditionnellement formulée au moyen du formulaire NOT11).

Cette demande, qui peut paraître redondante, répond en réalité à deux objectifs précis. En effet, elle permet au candidat d'être informé que son offre a été retenue et au pouvoir adjudicateur de s'assurer auprès du candidat que les attestations et certificats fournis en amont de la procédure sur l'espace de stockage numérique sont toujours valides. Si cela n'est pas le cas, l'acheteur ne pourra pas attribuer le marché. Or, seule cette demande permet à l'acheteur de faire courir le délai prévu au III de l'article 46 et de conclure *in fine* la procédure.

L'attributaire pressenti pourra, en réponse à cette demande, confirmer au pouvoir adjudicateur que les attestations et certificats sont accessibles sur un espace de stockage numérique et lui communiquer les modalités de sa consultation. Si l'attributaire pressenti ne communique pas ces informations dans le délai imparti ou si le pouvoir adjudicateur ne parvient pas, malgré les informations communiquées, à obtenir les certificats et attestations dans le délai imparti², le pouvoir adjudicateur écarte l'offre et sollicite le candidat classé immédiatement après.

Le pouvoir adjudicateur peut apporter la preuve du moment auquel il a disposé des informations figurant sur l'espace de stockage numérique en procédant à une « copie d'écran » incluant la date.

2. « Dites-le nous une fois »

Le décret consacre, en l'intégrant au 2^e alinéa du VI de l'article 45 du CMP, le principe de la mutualisation des dossiers de candidature – « dites-le nous une fois » – qui permet aux candidats de ne pas présenter à nouveau les documents et renseignements qu'ils auraient déjà fournis au pouvoir adjudicateur lors d'une précédente consultation.

Cette faculté ne peut toutefois être utilisée par les entreprises que si l'acheteur public l'a autorisée dans le règlement de la consultation.

Le dispositif n'est donc pas pour le moment obligatoire. Il vise à inciter les acheteurs publics à mettre d'ores et déjà en place une organisation et des modalités de conservation des documents qui leur permettront, à terme, de le mettre en œuvre lorsqu'il s'imposera aux acheteurs publics. En effet, la directive 2014/24/UE prévoit que cette mesure devra être obligatoire à partir du moment où les obligations relatives à la dématérialisation des procédures seront entrées en vigueur (au plus tard le 18 octobre 2018)³. Le principe du « dites-le nous une fois » pourra alors être utilisé par les entreprises même si le règlement de la consultation ne le prévoit pas.

2. Le pouvoir adjudicateur peut établir l'impossibilité d'accéder au support en cause ou l'absence de documents annoncés par une simple copie d'écran.

3. Voir l'article 90 § 2 et le considérant 85 de la directive 2014/24/UE.



Le dispositif MPS présenté au point 1.1 s'inscrit complètement dans cette démarche dès lors que les candidats à un marché identifié MPS n'ont plus à fournir un certain nombre de pièces justificatives, notamment les attestations fiscales et sociales, puisque celles-ci sont fournies systématiquement et de manière dématérialisée par le système.

2.1. Niveau de centralisation des dossiers

Le principe du « dites-le nous une fois » n'implique pas que tous les dossiers de candidatures reçus par un même pouvoir adjudicateur dans le cadre de ses procédures de marchés publics soient centralisés et archivés dans un même service.

La directive rappelle que l'estimation du besoin et l'organisation de la procédure peuvent être opérées au niveau d'une « unité opérationnelle distincte du pouvoir adjudicateur, à condition que cette unité soit responsable de manière autonome de ses marchés » (considérant 20 de la directive 2014/24/UE).

En conséquence, l'archivage des dossiers de candidatures peut être décentralisé au niveau des différentes composantes de ce pouvoir adjudicateur dès lors qu'elles disposent d'une certaine autonomie financière (exemples : une direction d'un ministère, une régie municipale, un laboratoire de recherche d'une université...).

Il est recommandé aux services acheteurs d'indiquer clairement dans leur règlement de la consultation le périmètre de mise en œuvre du dispositif afin que les entreprises candidates identifient le service concerné.

2.2. Mise à jour des documents

Il appartient aux candidats de vérifier que les documents ou renseignements fournis à l'occasion de la précédente consultation demeurent à jour et valables :

- Le chiffre d'affaires, les effectifs, les références, par exemples, ont-ils évolué depuis la précédente consultation ?
- Les attestations fiscales et sociales sont-elles toujours valables ?

Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur constaterait que ces documents ne sont plus valables, il a la possibilité de demander au candidat concerné de régulariser son dossier sur le fondement de l'article 52 du code des marchés publics.

Si ce constat intervient après la conclusion du marché, l'absence de mise à jour constitue une faute de nature à entraîner la résiliation du contrat au tort du titulaire (art. 47 du CMP).

Certaines entreprises pourront être réticentes à utiliser cette faculté car cela leur impose de s'interroger sur la nature des pièces déjà transmises et le moment de leur communication au pouvoir adjudicateur afin de déterminer si elles doivent être actualisées ou remplacées.

C'est pourquoi, si l'acheteur peut ouvrir cette possibilité aux entreprises, il ne doit pas empêcher celles qui le souhaitent de transmettre à nouveau l'ensemble des pièces demandées.

FICHE 21

Les marchés négociés de l'article 35 du code des marchés publics

Dans certaines hypothèses limitativement énumérées par le code des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des marchés ou des accords-cadres dont ils négocient les conditions avec un ou plusieurs opérateurs économiques¹. La procédure négociée est une procédure formalisée² dont les cas d'utilisation sont précisés à l'article 35 du code, lequel prévoit deux types de marchés négociés :

- ceux avec publicité et mise en concurrence préalables (article 35-I) ;
- ceux sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 35-II).

Contrairement à la procédure d'appel d'offres dont l'utilisation n'est soumise à aucune condition³, la procédure négociée ne peut être mise en œuvre que dans des circonstances exceptionnelles. En effet, les pouvoirs adjudicateurs doivent justifier⁴ que les conditions de recours au marché négocié, qui doivent être interprétées strictement⁵, sont remplies⁶. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office⁷.

La présente fiche ne traite pas des autres cas de recours à la procédure négociée, à savoir les marchés de défense, les marchés de maîtrise d'œuvre et les marchés négociés des entités adjudicatrices.

I. Les différents cas de recours aux marchés négociés de l'article 35 du code

I.1. Les marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalables (article 35-I)

I.1.1. Les marchés négociés à la suite d'une déclaration d'infructuosité pour dépôt d'offres irrégulières ou inacceptables (article 35-I 1°).

Dans le cadre d'un appel d'offres⁸ ou d'un dialogue compétitif⁹, lorsqu'il n'est déposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter,

1. Article 34 du code des marchés publics.

2. Article 26 du code des marchés publics.

3. Articles 26 et 33 du code des marchés publics.

4. Article 79 du code des marchés publics : « Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation comportant au moins : (...) 6° En ce qui concerne les procédures négociées, le motif du recours à ces procédures ».

5. CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c/République Italienne*, Aff. C-385/02, points 19 et 37.

6. CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, Aff. C-601/10, point 32.

7. CE, 28 juillet 2000, *Jacquier*, n°202792.

8. Articles 59- III et 64- III du code des marchés publics.

9. Article 67-IX du code des marchés publics.

la consultation peut être déclarée infructueuse ou sans suite¹⁰. Si le pouvoir adjudicateur choisit de déclarer la procédure infructueuse, il choisit alors en toute opportunité entre l'organisation d'une nouvelle procédure de droit commun et le recours au marché négocié après publicité et mise en concurrence.

L'infructuosité d'un concours ou d'une procédure négociée¹¹ n'ouvre pas le droit de conclure un marché négocié sur le fondement de l'article 35-I 1^o du code. En revanche, le pouvoir adjudicateur pouvant s'inspirer, en procédure adaptée, des procédures formalisées¹², l'infructuosité de la procédure de passation d'un marché conclu selon la procédure adaptée peut justifier le recours à une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalables.

Cela n'a cependant d'intérêt que si la procédure adaptée lancée initialement ne prévoit pas de recours à la négociation. En effet, si la procédure adaptée initiale permet la négociation, l'acheteur public peut toujours admettre à la négociation les candidats ayant remis une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée, sans les éliminer d'emblée¹³.

1.1.1.1. Offre irrégulière et offre inacceptable

Une offre irrégulière est une offre qui, bien qu'elle apporte une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation¹⁴.

Ex: Une offre est irrégulière :

- lorsqu'elle ne comprend pas une annexe relative aux caractéristiques des véhicules de salage et de déneigement mis à disposition pour exécuter le marché, alors que le règlement de la consultation impose aux candidats de la renseigner¹⁵ ;
- lorsqu'elle ne permet pas d'identifier le prix des prestations et qu'elle présente un projet non-conforme au programme fonctionnel, en prévoyant que les circulations de la maison d'arrêt s'effectueraient en extérieur alors qu'elles auraient dû être bâties et couvertes¹⁶ ;
- lorsque le candidat n'a pas renseigné la rubrique de bordereau de prix unitaires intitulée « rampe d'accès Personnes à mobilité réduite » alors que le cahier des clauses techniques particulières et les réponses apportées aux interrogations du candidat indiquaient que les modules devaient être accessibles à une personne dont la mobilité serait réduite¹⁷ ;
- lorsqu'elle ne présente pas séparément de la solution de base une option chiffrée, alors qu'une telle option est imposée par le règlement de la consultation¹⁸.

Une offre est inacceptable si les conditions prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. La « *législation en vigueur* » doit être entendue de manière large et comprend notamment les règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement ou aux conditions de travail.

10. Les conséquences d'une déclaration sans suite ne sont pas identiques à celles d'une déclaration d'infructuosité : voir les fiches techniques « *La déclaration sans suite* » et « *La déclaration d'infructuosité* ».

11. TA Melun, 12 février 2002, *Préfet du Val-de-Marne*, n°01-130, BJCP 2002, p.322.

12. Article 28-I du code des marchés publics.

13. CE, 30 novembre 2011, *Ministère de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech*, n°353121.

14. CE, 21 novembre 2014, *Commune de Versailles*, n°384089.

15. CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n°343324.

16. CE, 9 mai 2008, *Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice*, n°308911.

17. CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n°373718.

18. CE, 23 juin 2010, *Commune de Châtel*, n°336910.



Ex: Une offre est inacceptable :

- lorsqu'elle méconnaît la réglementation applicable aux écrans de protection, dans le cadre d'un marché de protection contre les chutes de blocs de pierre¹⁹ ;
- lorsque les prix proposés ne sont pas conformes à l'article L.6211-21 du code de la santé publique, qui impose la facturation d'examen de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale²⁰ ;
- lorsqu'elle ne répond pas aux exigences posées par la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et son décret d'application n°2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation, qui imposent notamment que les bâtiments d'habitation collectifs et leurs abords soient construits et aménagés de façon à être accessibles aux personnes handicapées.

En revanche, une offre dont le montant est largement supérieur au montant estimé du marché, mais qui peut être financée par le pouvoir adjudicateur, n'est pas inacceptable²¹. De même, une offre ne peut être déclarée inacceptable en raison du parti pris d'implanter le projet de construction au-dessus d'un torrent dans la mesure où ni les documents de la consultation, ni les précisions apportées en cours de procédure ne permettraient de savoir que ce choix était insusceptible d'être admis et qu'il n'est pas établi que ce choix constituait un manquement aux règles de l'art²².

1.1.1.2. La déclaration d'infructuosité doit être justifiée

La légalité de la décision de rejet des offres irrégulières ou inacceptables et de la déclaration d'infructuosité conditionne celle du recours à la procédure négociée de l'article 35-1 1° du code²³.

Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la déclaration d'infructuosité²⁴.

Il s'assure que la première consultation a été lancée dans des conditions devant normalement assurer sa réussite²⁵ ou que la déclaration d'infructuosité n'est pas fondée sur des motifs étrangers aux résultats de l'appel d'offres²⁶. Le pouvoir adjudicateur ne doit porter aucune responsabilité dans l'échec de la procédure.

Ex: Une déclaration d'infructuosité est irrégulière et ne peut ouvrir la possibilité de recourir à la procédure négociée :

- lorsque le coût estimé de la prestation a été fixé de manière irréaliste par le pouvoir adjudicateur, aboutissant à l'existence d'un écart de 70% entre l'estimation et l'offre la moins-disante²⁷ ou au dépôt d'offres toutes supérieures de plus de 60% à l'estimation²⁸ ;
- lorsque l'imprécision du règlement de la consultation ne peut manquer de provoquer des difficultés et des erreurs d'analyse des offres, puisqu'il se borne à demander aux candidats de proposer des rabais sur les tarifs réglementaires de transport sanitaire et à fournir une estimation du montant global annuel, qui s'avère inférieure au montant facturé dans le cadre du précédent marché²⁹.

19. CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, n°350153.

20. CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n°344244.

21. CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines*, n°346665.

22. CAA Lyon, 14 novembre 2013, *Syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVOM) de Saint-François-Longchamp Montgellafrey*, n°12LY01244.

23. Voir en ce sens la fiche technique « La déclaration d'infructuosité » ; CAA Bordeaux, 10 juillet 2014, *Commune de Kourou*, n°14BX00439.

24. CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n°359921.

25. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne*, n°160686.

26. CE, 13 janvier 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne*, n°68117.

27. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne c. OPAC de Meaux*, précité.

28. CAA Versailles, 16 juin 2005, *Commune de Franconville-la-Garenne*, n°02VE03350.

29. CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier Saint-Nicolas-de-Blaye*, n°07BX01245.

1.1.1.3. La négociation ne doit pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché

Les modalités de négociation sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur, à condition de respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Lorsque la procédure initiale a été déclarée infructueuse pour un motif tenant au niveau trop élevé des prix des offres, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse³⁰.

Seules les modifications de nature substantielle par rapport aux conditions initiales du marché sont prohibées³¹. En revanche, le dossier de consultation initial peut être adapté pour tenir compte des résultats de la première consultation ou être corrigé afin de prendre en compte les propositions faites par les candidats lors de la négociation³². Cependant, la négociation ne doit pas avoir pour effet d'altérer de manière substantielle l'objet ou les conditions initiales de réalisation du marché, sauf à rendre la procédure irrégulière. A titre d'exemple, les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution ou l'introduction d'une variante non-autorisée peuvent être considérées comme substantielles.

En pratique, dans le cadre de l'article 35-I, 1° du code, il apparaît difficile d'accorder beaucoup de place à la négociation après un appel d'offres infructueux. En effet, si les offres peuvent faire l'objet d'une négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller, ce faisant, à ne pas affecter les conditions initiales de la mise en concurrence en modifiant les cahiers des charges.

Ex: La procédure négociée sur le fondement de l'article 35-I 1° du code est irrégulière lorsque, lors de la négociation:

- le pouvoir adjudicateur invite les candidats à proposer un prix unitaire, alors que le règlement de la consultation initiale prévoit un prix forfaitaire global³³ ;
- le pouvoir adjudicateur apporte d'importantes modifications au projet initial, dans le seul but de justifier l'attribution du marché à une entreprise³⁴.

1.1.1.4. La publicité n'est pas nécessaire si les seuls candidats ayant remis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres participent à la négociation

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres.

Les opérateurs dont la candidature a été rejetée et qui doivent être regardés comme n'ayant déposé aucune offre n'ont pas à être admis à la négociation³⁵.

Les modalités formelles concernent les exigences de forme imposées par le dossier de consultation, tels que, par exemple, le lieu de dépôt de l'offre, les mentions à apposer sur l'enveloppe ou la signature de l'offre.

30. CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon*, n°325465.

31. CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Autocars Rignon*, n°11MA02562.

32. CE, 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n°171293.

33. CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n°229666.

34. CE, 5 décembre 1994, *Commune du Vésinet*, n°131680.

35. CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n°359921.



Ex: Le pouvoir adjudicateur ne peut pas, sans mesure de publicité préalable, négocier avec un groupement composé d'un candidat ayant participé à la consultation initiale et d'un nouveau candidat³⁶.

Dans le cadre d'un accord-cadre multi-attributaire passé selon une procédure d'appel d'offres, si la remise en concurrence d'un marché subséquent n'a donné lieu qu'à des offres irrégulières ou inacceptables, le pouvoir adjudicateur peut négocier et n'a pas à procéder à une mesure de publicité puisque seuls les titulaires de l'accord-cadre doivent être consultés³⁷.

Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur choisit de publier un avis d'appel à la concurrence, les entreprises souhaitant participer à cette consultation en vue de la conclusion d'un marché négocié, y compris celles ayant participé à la procédure initiale, doivent transmettre un dossier de candidature comportant les pièces demandées dans cet avis. Toutefois, si cette seconde consultation est lancée au cours de la même année civile, il est possible d'admettre la recevabilité de la candidature des entreprises au vu des justificatifs déjà communiqués lors de la première consultation infructueuse. Les autres entreprises se portant candidates doivent en revanche fournir ces justificatifs³⁸.

1.1.2. Les marchés négociés de services dont les spécifications ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres (article 35-I 2°)

Peuvent être conclus selon une procédure négociée, après publicité et mise en concurrence les marchés et accords-cadres de services dont les spécifications ne peuvent être précisément définies, au stade de l'élaboration des pièces du contrat, pour permettre le recours à la procédure d'appel d'offres.

Sont expressément visés les marchés financiers prévus à l'article 29-6° du code (assurances, services bancaires et d'investissement) et les marchés de prestations intellectuelles (conception d'ouvrage, par exemple). La complexité de certains marchés de maîtrise d'œuvre peut également justifier la conclusion d'un marché négocié après publicité et mise en concurrence.

Toutefois, ces marchés ne sont pas, par définition, des marchés complexes. Le pouvoir adjudicateur doit justifier, pour avoir recours à cette procédure dérogatoire, qu'il se trouve face à un marché de services particulièrement complexe. Un marché de services peut être considéré comme étant complexe si ses spécifications ne peuvent être définies dans le cahier des charges et que l'organisation d'un appel d'offres est, par suite, rendue impraticable³⁹.

Ex: La conclusion d'un marché négocié sur le fondement de l'article 35-I 2° du code n'est pas justifiée:

- lorsque le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune difficulté particulière relative au nouveau marché de maîtrise d'œuvre, qui a d'ailleurs le même objet que le marché précédemment résilié, comporte des missions équivalentes et a déjà fait l'objet d'une estimation réévaluée à la date de la résiliation⁴⁰ ;
- lorsque les spécifications du marché d'assurance, conclu aux conditions générales d'une assurance multi-risques habitation, peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres⁴¹.

36. CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, *Département du Gers*, n°06BX01419.

37. Réponse ministérielle n°25591, JO Sénat 1^{er} mars 2007, p.459.

38. Réponse ministérielle n°10609, JO Sénat du 17 juin 2004, p.1341.

39. Réponse ministérielle n°65061, JOAN du 19 novembre 2001, p. 6616.

40. CAA Douai, 4 octobre 2012, *Agence Nathalie A*, n°11DA01878.

41. CAA Bordeaux, 6 février 2007, *Office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux*, n°04BX00663.

1.1.3. Les marchés de travaux conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate (article 35-I 3°)

Les marchés et accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate peuvent être négociés, après publicité et mise en concurrence.

L'utilisation de ce cas de recours, qui ne concerne que les marchés de travaux, suppose que le pouvoir adjudicateur ne poursuive pas de but commercial, c'est-à-dire un objectif de rentabilité ou de récupération des coûts engagés à titre de recherche et de développement.

Ainsi, l'ouvrage faisant le résultat des travaux objets du marché, doit être exécuté uniquement dans l'objectif de faire l'objet de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point.

1.1.4. Les marchés de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix (article 35-I 4°)

Les prix de certains marchés de travaux, de fournitures ou de services ne peuvent être fixés de manière préalable et globale, en raison de leur nature ou des aléas affectant leur réalisation. Dans ces cas exceptionnels, le pouvoir adjudicateur peut conclure un marché négocié après publicité et mise en concurrence.

Ex: La nature et les aléas des prestations de logistique et de maintenance des avions des Douanes, eu égard à leur destination et aux conditions de leurs interventions, soulèvent des difficultés techniques atypiques, en raison des modifications substantielles, liées aux missions confiées, notamment dues à la mise en place d'équipements spéciaux, et des pannes et avaries spécifiques aux avions des Douanes, en raison de problèmes de corrosion liés au vol à basse altitude au-dessus de la mer. Ces difficultés ne permettant pas de répartir les prix entre prix forfaitaires et prix hors forfait et de fixer de manière préalable et globale les prix du marché, elles constituent un cas exceptionnel rendant nécessaire une négociation avec les candidats pour déterminer ces prix, après publicité et mise en concurrence⁴².

1.2. Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 35-II)

Dans le cadre d'une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut être dispensé de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il se trouve dans une des situations décrites ci-dessous⁴³.

1.2.1. Les marchés négociés conclus en cas d'urgence impérieuse ou en application de certaines dispositions du code de la santé publique et du code de la construction et de l'habitation (article 35-II 1°)

Les marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs, en application de certains articles du code de la santé publique et du code de la construction et de l'habitation, peuvent être négociés sans pu-

42. TA Montreuil, 6 novembre 2012, *Société Sabena Technics DNR*, n°1208326.

43. Article 28-II du code des marchés publics.



blicité préalable ni mise en concurrence. Ces marchés sont limités aux seules prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence⁴⁴.

Peuvent également être conclus selon cette procédure les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable.

Cette possibilité est notamment offerte pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle. Dans cette hypothèse, deux conditions cumulatives, dont l'existence doit être prouvée par le pouvoir adjudicateur⁴⁵, doivent être remplies :

- il doit exister une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures ;
- l'urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur qui ne doit pas en être responsable⁴⁶. Elle ne peut pas résulter d'irrégularités ou de négligences commises lors de la passation d'un marché.

Il doit réellement exister un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence. A mesure que la date des événements imprévisibles s'éloigne, la nécessité de réaliser les prestations présente de moins en moins le caractère d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles⁴⁷.

Ex: Un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence peut être conclu :

- pour faire face aux conséquences directes d'une catastrophe naturelle, telle que la tempête Xynthia. Les mesures nécessaires pouvant faire l'objet d'un marché négocié doivent être prises dans les meilleurs délais. Au contraire, une tempête tropicale est prévisible sous les tropiques et ne permet pas, sauf exception, de recourir au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables⁴⁸ ;
- pour rétablir le fonctionnement du réseau téléphonique d'un hôpital lorsque cette mise en service a été retardée en raison de l'infructuosité d'un appel d'offres⁴⁹ ;
- pour assurer rapidement la sécurité des personnes et des biens et rétablir la circulation normale des habitants, compte-tenu des désordres causés par des intempéries aux ouvrages de soutènement de voirie et d'évacuation des eaux et dans la perspective de nouvelles intempéries⁵⁰.

1.2.2. Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai et d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement (article 35-II 2°)

Les marchés et accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai et d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement, peuvent être conclus selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence. La dérogation ne s'applique pas aux marchés qui prévoient la production de

44. Voir la fiche technique « L'urgence dans les marchés publics ».

45. CE, 8 février 1999, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n°150919.

46. CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, Aff. C-601/10, point 33 ; CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, Aff. C-385/02, point 26 ; CAA Lyon, 18 mai 1989, *Société Royat automobiles*, n°89LY00042.

47. CE, 1^{er} octobre 1997, *Hemmerding*, n°151578.

48. CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, n°117717.

49. CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique*, n°38788.

50. CAA Marseille, 12 mars 2007, *Commune de Bollène*, n°04MA00643

fournitures en quantité visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement⁵¹.

Cette procédure dérogatoire ne concerne que des accords-cadres et des marchés de fournitures qui ne peuvent être utilisés en l'état et doivent être soit du matériel expérimental, soit du matériel devant être adapté en fonction des besoins des utilisateurs.

La formulation « *sans objectif de rentabilité ou de récupération de coûts de recherche et développement* » signifie que ces marchés ne doivent pas avoir de finalité commerciale immédiate. Il s'agit donc du cas particulier de prestations ne relevant pas des gammes commerciales courantes.

Ex: Un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ne peut pas être conclu pour la mise au point d'un prototype préluant à la commercialisation ou pour l'achat de biens d'équipement destinés à des laboratoires de recherche ou d'expérimentation, même si ces biens sont achetés pour l'exécution de la recherche.

Un contrat d'acquisition d'un matériel informatique et non informatique bien défini, décrit de manière très détaillée par le pouvoir adjudicateur, déjà présent sur le marché et qu'un fournisseur moyen du secteur aurait été en mesure de réaliser, n'est pas un contrat destiné à la fourniture de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement⁵².

1.2.3. Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée, ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées (article 35-II 3°)

Un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables peut être conclu lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou lorsque seules des offres inappropriées ont été déposées, ces dernières étant assimilées à une absence d'offre. Cette procédure n'est pas ouverte après un dialogue compétitif.

Ex: Lorsque le pouvoir adjudicateur a écarté les candidatures de tous les candidats, aucune offre n'a alors été déposée. Il peut alors recourir à la procédure négociée sur le fondement de l'article 35-II 3° du code.

Le recours à cette procédure dérogatoire est possible si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées (voir point 1.1.1.3. de la présente fiche). S'il apparaît que l'absence d'offres est née d'une définition erronée du besoin, la modification du cahier des charges nécessite de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence.

Une offre inappropriée est une offre ne correspondant pas aux besoins du pouvoir adjudicateur indiqués dans les documents de la consultation.

Ex: Une offre est inappropriée lorsqu'elle ne répond pas aux spécifications techniques imposées par les documents de la consultation alors que le respect de telles spécifications techniques est indispensable à la réalisation du projet⁵³.

Le pouvoir adjudicateur doit avoir organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite. Tel ne serait pas le cas, par exemple, si les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissaient à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de transport

51. Article 31 paragraphe 2 de la directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

52. Tribunal de l'Union européenne, 15 janvier 2013, *Commission c. Royaume d'Espagne*, Aff. T-54/11, points 41 à 45.

53. CJUE, 4 juin 2009, *Commission contre République Hellénique* précitée, points 42 à 44.



légers de petite capacité, les seules offres reçues ne concernaient que des avions de transport de grande capacité⁵⁴.

Le pouvoir adjudicateur est autorisé à mettre en œuvre une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables si les conditions posées à l'article 35-II 3° du code sont réunies. Toutefois, il ne lui est pas interdit de se soumettre à des exigences plus contraignantes en termes de publicité. Ainsi, il peut choisir d'envoyer le dossier de consultation à plusieurs sociétés.

Un rapport particulier peut être demandé par la Commission européenne, afin que le pouvoir adjudicateur démontre que les conditions du recours à la procédure négociée sur le fondement de l'article 35-II 3° du code sont satisfaites.

1.2.4. Les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installation d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes (article 35-II 4°)

Un marché complémentaire de fournitures peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il est exécuté par le fournisseur initial du marché et est destiné soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes.

Cette procédure dérogatoire ne peut être utilisée que lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée du marché complémentaire, périodes de reconduction comprises, ne doit pas dépasser trois ans. Cette durée est calculée à compter de la notification du nouveau marché. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne. Cette dérogation ne s'applique pas lorsque le marché initial a fait l'objet d'un dialogue compétitif.

La procédure des marchés complémentaires peut être utilisée lorsque le marché initial a été passé selon une procédure adaptée. Dans ce cas, le montant cumulé du marché initial et du marché complémentaire ne devra pas dépasser le seuil des procédures formalisées.

A la différence d'un avenant, le marché complémentaire est un nouveau marché, distinct du marché initial. Il n'est pas nécessaire que le marché initial soit totalement exécuté pour qu'un marché complémentaire puisse être passé : ce dernier peut être conclu avant ou après la fin du marché initial.

Les marchés complémentaires de l'article 35-II 4° ne constituent pas des options au sens du droit de l'Union européenne. En conséquence, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de remplir la rubrique relative aux options dans les modèles d'avis de publicité⁵⁵. Toutefois, l'acheteur public pourrait préciser qu'il entend recourir à un marché complémentaire de fournitures au titre de la rubrique « option » dans l'hypothèse où il l'aurait envisagé dès la

54. Point 12.1.2.2 b) du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

55. Point 10.2.1.1. du Guide de bonnes pratiques.

passation du premier marché. En dehors de cette hypothèse, l'accès au marché complémentaire de fournitures ne lui serait pas pour autant interdit⁵⁶.

1.2.5. Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenus nécessaires (article 35-II 5°)

Un marché complémentaire de services ou de travaux peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les prestations qui en sont l'objet ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial.

Ce nouveau marché doit être attribué à l'opérateur économique qui a exécuté le service ou réalisé l'ouvrage.

L'article 35-II 5° du code pose deux conditions alternatives :

- les services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;
- les services ou travaux, même s'ils sont séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé du marché complémentaire ne doit pas dépasser 50% du montant du marché principal. Le montant du marché principal comprend le montant du marché initial, c'est-à-dire celui de la mise en concurrence initiale auquel s'ajoute celui de tous les avenants éventuels.

Lorsque le marché initial est à bons de commande sans minimum ni maximum, il n'est pas possible de calculer le montant maximum du marché complémentaire par rapport au montant initial du marché. Il convient donc de calculer ce maximum par rapport à son montant déjà réalisé, c'est-à-dire au montant des commandes passées. Le montant des commandes passées correspond au montant des commandes arrêté avant la conclusion du marché complémentaire, c'est-à-dire avant sa signature. Ce montant englobe les commandes déjà réalisées et les commandes en cours de réalisation ou pour lesquelles un bon de commande a déjà été émis par le pouvoir adjudicateur⁵⁷.

Ex:

- Si le montant forfaitaire du marché principal est de 1 000 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder 500 000 € HT.
- Si le montant forfaitaire initial du marché principal est de 1 000 000 € HT, auquel s'ajoute un avenant de 20 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder la moitié de 1 020 000 € HT, soit 510 000 € HT.
- Si le montant maximum d'un marché à bons de commande est de 500 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder 250 000 € HT.
- Si le marché principal a été conclu sans minimum ni maximum, et si le montant des commandes arrêté avant la signature du marché complémentaire est de 200 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder 100 000 € HT.

56. Réponse ministérielle n°58686, JOAN du 5 août 2014, p.6731.

57. Voir la fiche technique « Les marchés à bons de commande » (point 7)



Les circonstances imprévues doivent toujours constituer des phénomènes irrésistibles et extérieurs aux parties, excédant les vicissitudes de la vie économique⁵⁸. Par exemple, une nouvelle réglementation, dont le contenu ne pouvait être connu au moment de la passation du contrat, peut être regardée comme une circonstance imprévue, qui ne pouvait raisonnablement entrer dans les prévisions des parties lors de la conclusion du contrat. En revanche, une sous-estimation du marché initial, une carence au moment de la détermination de l'objet du marché, un comportement fautif de l'une des deux parties, une évolution prévisible ou un fait imputable à la personne publique ne peuvent justifier le recours à la procédure négociée sur le fondement de l'article 35-II 5° du code⁵⁹.

Ex: La mise en liquidation judiciaire d'un membre d'un groupement de maîtrise d'œuvre n'est pas considérée comme une circonstance imprévue, cette situation faisant partie des aléas usuels de la vie économique⁶⁰.

La conclusion d'un marché complémentaire de services ou de travaux, portant sur des prestations qui n'ont pas été programmées lors du lancement de la procédure de passation du marché initial mais qui se sont avérées nécessaires, doit uniquement permettre l'achèvement des prestations demandées au titre du marché initial. Ce nouveau marché ne peut pas porter sur un service ou un ouvrage nouveau ni procéder à une modification de ceux prévus initialement. Il doit seulement consister en l'accessoire de la prestation initiale.

Ex: La conclusion d'un marché complémentaire à un contrat de maîtrise d'œuvre ne peut pas porter sur la réalisation de trois nouveaux dossiers de consultation des entreprises et l'assistance à la passation de ces trois contrats de travaux, dès lors que ces missions ne peuvent être considérées comme ne figurant pas dans le marché initial qui prévoyait l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des contrats en cours⁶¹.

Les marchés complémentaires de l'article 35-II 5° ne peuvent constituer pas des options au sens du droit de l'Union européenne, dès lors que la passation de ces marchés repose sur la nécessité de pallier des insuffisances résultant de la survenance de circonstances imprévues⁶².

1.2.6. Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire du marché initial passé après mise en concurrence (article 35-II 6°)

Un marché négocié de services ou de travaux peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il porte sur la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire du marché initial passé après mise en concurrence. Cette possibilité n'est pas offerte pour les marchés de fournitures.

Les prestations similaires doivent être entendues comme réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial⁶³. Il s'agit de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires à ceux qui ont été confiés au titulaire du marché initial, à condition que ces nouveaux travaux ou services soient conformes au projet de base ayant fait l'objet du marché initial. Si

58. Réponse ministérielle n°87442, JOAN du 23 novembre 2010, p.12827.

59. CJUE, 27 octobre 2011, *Commission contre République hellénique*, Aff. C-601/10.

60. CAA Marseille, *M. François Deslaugiers*, 2 octobre 2008, n°07MA00016 ; réponse ministérielle n°87442 précitée.

61. CAA Marseille, *M. François Deslaugiers* précité.

62. Réponse ministérielle n°58686, JOAN du 5 août 2014, p.6731.

63. Guide de bonnes pratiques, point 12.1.2.2.d.

les modifications apportées au cahier des charges sont substantielles et entraînent une modification des conditions initiales de mise en concurrence, la réalisation des prestations devrait alors être confiée à un prestataire à l'issue d'une mise en concurrence.

Ex: Le marché de prestations similaires ne peut pas se rapporter à une opération de travaux différente, non prévue par le marché initial.

Le premier marché doit prévoir la possibilité de conclure un marché similaire. L'avis de publicité, le règlement de la consultation ou le cahier des charges doit porter une telle mention. Si les formulaires européens sont obligatoires, la rubrique relative aux options de l'avis de publicité doit alors être remplie⁶⁴.

Pour apprécier le seuil de publicité et de procédure, le pouvoir adjudicateur doit considérer le montant total envisagé, incluant ainsi les prestations de services ou les travaux qu'il envisage de confier au même prestataire. Pour une meilleure information des candidats potentiels, l'avis de marché peut décomposer le montant global des travaux en indiquant la part relative au marché initial et celle relative au marché similaire. La mention d'une telle information est toutefois facultative, et son absence ne rend pas irrégulière le recours à la procédure décrite à l'article 35-II 6° du code.

La durée totale (la durée du marché initial et celle du marché de prestations similaires) ainsi que l'étendue globale des marchés doivent également être mentionnées dans le marché initial. La durée et le montant du marché négocié peuvent être différents de ceux du marché initial, dès lors que le choix de ces éléments intervient lors de la préparation de la consultation initiale.

Le pouvoir adjudicateur doit s'assurer au moment de la passation du marché initial que le titulaire a les capacités suffisantes pour effectuer les prestations du marché similaire⁶⁵.

La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial (et non pas de l'achèvement des prestations du premier marché⁶⁶). L'acheteur public peut passer un marché négocié de prestations similaires si toutes les conditions mentionnées ci-dessus sont respectées, alors même que le marché initial est toujours en cours d'exécution.

Tout comme les marchés complémentaires (article 35-II 4° et 5°), les marchés de prestations similaires constituent de nouveaux contrats juridiquement distincts du marché initial, même si, sur le plan matériel, ils en sont le prolongement. Conformément aux articles 11 et 13 du code des marchés publics, ils doivent comprendre un acte d'engagement et, le cas échéant, des cahiers des charges.

I.2.7. Les marchés et accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours (article 35-II 7°)

Un marché négocié ou un accord-cadre de services peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il est attribué à un ou plusieurs lauréats d'un concours.

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24 du code des marchés publics, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme,

64. Voir fiche technique « Comment utiliser les formulaires européens ? » et *Guide de bonnes pratiques*, point 10.2.1.1.

65. Réponse ministérielle n°48786, JOAN du 19 août 2014, p.7021.

66. CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c. République italienne* précitée, point 34.



de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données⁶⁷. Le concours est également la procédure utilisée obligatoirement pour les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, sous réserve des cas expressément mentionnés à l'article 74-III du code permettant de retenir une autre procédure⁶⁸.

A la fin de la procédure du concours définie à l'article 70 du code, le pouvoir adjudicateur choisit le ou les lauréats du concours et les invite à négocier⁶⁹. Cette négociation, qui peut porter sur le projet, les moyens pour le réaliser ou les clauses du marché, doit être menée avec l'ensemble des lauréats choisis lors du concours.

1.2.8. Les marchés et accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (article 35-II 8°)

Un marché ou un accord-cadre peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Les raisons financières ou économiques ne permettent pas de recourir à la procédure de l'article 35-II 8° du code⁷⁰.

A défaut de pouvoir justifier que les conditions pour avoir recours à cette procédure dérogatoire sont remplies, la procédure négociée est irrégulière⁷¹.

Le pouvoir adjudicateur doit justifier que deux conditions cumulatives⁷² sont remplies :

- La prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur : aucune autre alternative ne doit exister ;
- La nécessité de recours à cet opérateur résulte soit de raisons techniques, soit de raisons artistiques, soit de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité.

1.2.8.1. L'opérateur doit être le seul à pouvoir répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur sans qu'aucune autre alternative technique n'existe

Le pouvoir adjudicateur doit démontrer que la société retenue est la seule à pouvoir répondre à ses besoins, et qu'aucun autre procédé ne peut satisfaire ses besoins⁷³.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer que son besoin ne peut pas être satisfait par d'autres procédés. Ainsi, dès la définition du besoin et conformément à l'article 6 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit définir les prestations qui font l'objet du marché par des spécifications techniques. Ces spécifications, qui doivent être

67. Article 38 du code des marchés publics.

68. Article 74-II et III du code des marchés publics.

69. Article 70-VII et VIII du code des marchés publics.

70. CE, 27 septembre 1991, *Commune de Chartres de Bretagne*, n°81786 ; les investissements préalables ou le savoir-faire ne sont plus au nombre des raisons permettant un marché négocié (article 104 du code des marchés publics de 2001).

71. CE, 2 novembre 1988, *Préfet Commissaire de la République des Hauts-de-Seine*, n°64954.

72. CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n°368846.

73. CE, 11 octobre 1999, *M. Avriillier*, n°165510.

neutres⁷⁴, ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'accès à ce marché⁷⁵.

En revanche, une spécification technique, bien que discriminante, peut être utilisée dès lors que le pouvoir adjudicateur établit qu'elle est justifiée par l'objet du marché⁷⁶. Pour cela, il doit vérifier de façon sérieuse si son besoin peut être couvert par d'autres solutions⁷⁷, c'est-à-dire si une technique ou des caractéristiques différentes permettraient de satisfaire son besoin⁷⁸.

Ex: Le pouvoir adjudicateur peut justifier la référence à une marque dans un marché d'acquisition de matériels si, eu égard à l'objet du marché, un seul produit est susceptible de répondre au besoin⁷⁹ ou si des nécessités techniques justifient une telle référence, avec la mention « ou équivalent »⁸⁰.

Un marché peut justifier la mention de marques lorsqu'il a pour objet la maintenance d'équipements de cette même marque, au sein de son propre parc.

La notion d'opérateur économique déterminé ne paraît pas compatible avec celle de groupement d'entreprise. Si le groupement n'a pas la personnalité morale (hypothèse du groupement de l'article 51 du code), il ne peut pas constituer un opérateur économique déterminé. Dans ces conditions, si l'un des membres du groupement détient un droit d'exclusivité sur une prestation, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence à ce groupement.

Ex: La conclusion d'un marché négocié sur le fondement de l'article 35-II 8° du code n'est pas justifiée :
– dès lors que d'autres sociétés pouvaient réaliser les prestations commandées pour la gestion du stationnement sur la voie publique⁸¹ ;
– dès lors que la préservation de l'homogénéité des travaux dans un programme de réhabilitation ne permet pas d'établir que la société titulaire d'un premier marché de travaux est la seule à qui la commune pouvait demander la réalisation des travaux suivants⁸².

La conclusion d'un tel marché n'est pas non plus justifiée lorsque le pouvoir adjudicateur, bien que visant à assurer l'interopérabilité de la flotte pour réduire les coûts logistiques, opérationnels et de formation des pilotes, ne démontre pas que les hélicoptères d'une marque particulière, qu'il a déjà acquis dans le cadre d'un marché antérieur, seraient les seuls à posséder les spécificités requises, ni en quoi un changement de fournisseurs aurait été de nature à entraîner des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées⁸³.

En revanche, la conclusion d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour le traitement des déchets est justifiée lorsque, bien que d'autres sociétés sont à même de collecter les déchets d'une communauté d'agglomération en vue de leur traitement sur le site, seule la société titulaire, propriétaire du centre et titulaire d'une autorisation d'exploitation de celui-ci, est en mesure d'assurer la prestation de traitement des déchets⁸⁴.

Il en va de même lorsqu'une entreprise, qui a acquis les brevets de fabrication de dalles, est la seule à disposer de brevets lui permettant la réalisation de travaux de réparation provisoire de désordres et de consolidation portant sur ces dalles⁸⁵.

74. CJUE, 10 mai 2012, *Max Havellar*, aff. C-368/10, point 62 notamment ; CJUE, 22 avril 2010, *Commission c. Espagne*, aff. C-423/07, point 58 ; CJUE, 28 octobre 1999, *République d'Autriche*, aff. C-328/96 ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n°257545.

75. CJUE, 22 septembre 1988, *Commission et Royaume d'Espagne c. Irlande*, aff. C-45/87 ; Cass. Crim, 30 juin 2004, n°03-86287.

76. CJUE 26 septembre 2000, *Commission c. France*, aff. C-225/98 ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran* précité.

77. CJUE, 15 octobre 2009, *République fédérale d'Allemagne*, aff. C-275/08.

78. CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-337/05.

79. CE, 3 décembre 1999, *Entreprises Porte*, n°171293.

80. CJUE, 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-359/93 ; TA Strasbourg, 24 juillet 2001, *Préfet Bas-Rhin contre Département du Bas-Rhin, Société SMAC ACIEROÏD*, n°010495 à 010504.

81. CE, 2 avril 1997, *Commune de Montgeron*, n°124883.

82. CE, 8 janvier 1992, *Préfet des Yvelines*, n°85439.

83. CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-337/05.

84. CE, 19 septembre 2007, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole*, n°296192.

85. CAA Douai, 31 octobre 2002, *SA Quille*, n°99DA01074.



1.2.8.2. Les raisons techniques

Le pouvoir adjudicateur doit démontrer que les éléments techniques inhérents à l'objet du marché impliquent des difficultés d'exécution réelles et d'un degré de spécificité technique tel que seul un prestataire déterminé est en mesure d'assurer la prestation.

Ex: Le recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence n'est pas justifié lorsque la prestation est d'une nature courante, sans aucune difficulté technique particulière.

Ex: Le recours à une telle procédure n'est pas non plus justifié lorsque le pouvoir adjudicateur n'apporte pas la preuve que le choix d'un traitement thermique des déchets ou la proximité du lieu d'élimination des déchets constituent des raisons techniques justifiant que le marché ne soit attribué qu'à un prestataire déterminé, notamment car il ne démontre pas le danger pour l'environnement ou la santé publique d'un transport des déchets sur une plus grande distance⁸⁶.

En revanche, le recours à un marché négocié de fourniture de compteurs d'eau individuels, conclu avec l'entreprise qui a initialement installé les réseaux et les compteurs, est justifié par des raisons techniques liées au maintien de l'homogénéité du réseau⁸⁷.

1.2.8.3. Les raisons artistiques

L'achat d'œuvres d'art existantes entre dans le champ d'application de l'exclusion prévue à l'article 3-10° du code des marchés publics. Au contraire, lorsqu'un pouvoir adjudicateur souhaite faire réaliser une œuvre artistique, le marché ainsi conclu doit être précédé d'une publicité et d'une mise en concurrence, sauf à justifier que l'attributaire du marché est le seul à même de réaliser la prestation souhaitée.

Le recours à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour faire réaliser une œuvre est irrégulier dès lors qu'il n'est pas établi que les prestations artistiques n'auraient pu être exécutées par d'autres opérateurs avec des compétences et des moyens techniques ou artistiques équivalents pour des résultats comparables⁸⁸.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de justifier que le choix d'un prestataire relève de « *raisons artistiques particulières* ».

Ex: Le recours à la procédure négociée de l'article 35-II 8° du code des marchés publics n'est pas justifié :

- lorsque le pouvoir adjudicateur confie à des associations l'organisation et la direction artistique d'un festival départemental sans établir en quoi ces prestations n'auraient pas pu être exécutées par d'autres organismes⁸⁹ ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut justifier des raisons artistiques particulières qui auraient justifié que la commande d'une sculpture monumentale devant être implantée sur le domaine public soit confiée exclusivement à un artiste⁹¹ ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut pas établir que, même si la fontaine commandée, du fait de son caractère original, exigeait de la part des constructeurs des compétences particulières et un talent artistique, le tailleur de pierre choisi était le seul à pouvoir réaliser cette sculpture⁹².

86. CJUE, 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-20/01, points 64 et 65.

87. CE, 21 mai 1986, *Société Schlumberger et Syndicat intercommunal mixte pour l'eau et l'assainissement du département de la Vienne c. COREP de la Vienne*, n°56848.

88. TA Melun, 1^{er} décembre 2006, *Préfet de Seine et Marne c/ Dpt de Seine et Marne*, n°065188.

89. CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Commune du Barcarès*, n°11MA00299.

90. TA Melun, 1^{er} décembre 2006, précité.

91. CAA Marseille, 30 septembre 2013, précité.

92. CE, 8 décembre 1995, *Préfet du département de la Haute Corse*, n°168253.

1.2.8.4. Les raisons tenant aux droits d'exclusivité

Le pouvoir adjudicateur doit justifier que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par la prestation protégée par un droit d'exclusivité, à l'exclusion de tout autre procédé⁹³, et qu'un seul opérateur économique est en mesure de fournir cette prestation⁹⁴.

Il appartient au pouvoir adjudicateur d'obtenir, préalablement à la mise en œuvre de la procédure négociée, la preuve de l'exclusivité dont se prévaut une société et de s'assurer de l'absence de toute concurrence. Par exemple, il doit vérifier que la société est bien la seule à pouvoir disposer d'un droit d'exclusivité sur des prestations de maintenance, notamment au regard des clauses relatives à la propriété intellectuelle du marché d'acquisition de l'outil informatique.

Ex: Le recours à la procédure dérogatoire du marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables est justifié lorsque le prestataire ayant conçu un logiciel est le seul à disposer du droit d'exclusivité pour la maintenance et l'exploitation de ce logiciel⁹⁵.

En revanche, dans le cadre de la réhabilitation d'un bâtiment existant réalisé par un cabinet d'architecte, le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à un autre architecte, sans préjudice du droit moral du cabinet, qui ne détient pas de droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage⁹⁶.

1.2.9. Les marchés et accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse (article 35-II 9°)

Un marché ou un accord-cadre peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées, de façon effective, en bourse.

1.2.10. Les marchés et accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès de liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature (article 35-II 10°)

Un marché ou un accord-cadre peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il a pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

L'expression « *procédure de même nature* » renvoie à des procédures similaires à une faillite, et non pas à toute procédure aboutissant à des ventes à des conditions particulièrement avantageuses, à l'instar des ventes au déballage, des soldes ou des ventes en magasins d'usines⁹⁷ ou des ventes effectuées par le service des domaines de l'Etat.

Trois conditions cumulatives doivent être remplies :

- le marché ne peut avoir que pour objet l'achat de fournitures ;
- cet achat doit être fait à des conditions particulièrement avantageuses, c'est-à-dire à des conditions financières très favorables pour le pouvoir adjudicateur, par rapport aux conditions normales du marché ;

93. CE, 29 novembre 1996, *Département des Alpes de Haute-Provence*, n°102165.

94. CE, 10 octobre 1979, *Préfet de la Loire*, n°01652.

95. CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n°368846.

96. CE, 13 juillet 2007, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, n°296096.

97. Articles L.310-2 et suivants du code de commerce.



– l'achat doit être réalisé auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité ou des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure équivalente.

L'achat de fournitures, certes à des conditions avantageuses, doit cependant répondre à un réel besoin du pouvoir adjudicateur.

Ex: Le pouvoir adjudicateur peut acquérir un équipement dans le cadre d'une vente aux enchères faisant suite à la liquidation judiciaire du fournisseur.

2. La procédure à mettre en œuvre⁹⁸

2.1. La procédure applicable

La procédure négociée est l'une des procédures formalisées définies par le code des marchés publics⁹⁹. Les marchés négociés doivent donc, conformément aux articles 11 à 13 du code, comprendre un acte d'engagement et, le cas échéant, des cahiers des charges. Toutefois, dans le cadre d'un marché négocié conclu sur le fondement de l'article 35-II 1° du code, la passation du marché peut être confirmée par un échange de lettres lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché.

La procédure négociée est décrite aux articles 65 et 66 du code des marchés publics. Certaines mesures ne trouvent cependant pas à s'appliquer du fait de l'absence de publicité et de mise en concurrence dans les cas prévus à l'article 35-II du code.

Ex: Les motifs ayant justifié la conclusion d'un accord-cadre sur le fondement de l'article 35 du code des marchés publics ne permettent pas d'appliquer la procédure négociée lors de l'attribution des marchés subséquents, sauf à ce que le pouvoir adjudicateur se trouve dans l'une des hypothèses prévues à l'article 35 du code des marchés publics¹⁰⁰.

2.2. Les étapes de la négociation

La négociation implique nécessairement l'engagement de discussions entre le pouvoir adjudicateur et les candidats, dans le but d'obtenir de meilleures conditions de passation du marché¹⁰¹. L'examen des offres, lorsque plusieurs candidats sont susceptibles de participer à la négociation, se fonde sur des critères qui doivent être annoncés et pondérés¹⁰² dans l'avis de publicité.

Lorsqu'un avis de publicité est nécessaire et que le pouvoir adjudicateur entend limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, l'article 65 du code des marchés publics prévoit que ce nombre minimum de candidats ne peut être inférieur à trois. Cependant, si le nombre minimal de candidats n'est pas atteint, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure en invitant à négocier le ou les « candidats appropriés », c'est-à-dire tout opérateur qui a sollicité une invitation à participer à la procédure et qui remplit les conditions de capacité exigées¹⁰³.

Le délai de remise des offres, qui doit être raisonnable, est fixé en fonction des circonstances de l'achat. Un délai de dix jours est suffisant en l'absence de toute circonstance particulière¹⁰⁴.

98. Voir les deux logigrammes de procédure relatives à la procédure de l'article 35-I et de l'article 35-II du code des marchés publics.

99. Article 26-I 2° du code des marchés publics.

100. Réponse ministérielle n°25591, JO Sénat du 1^{er} mars 2007, p.459.

101. CAA Marseille, 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre, Préfet des Bouches-du-Rhône*, n°00MA001402.

102. CE, 5 avril 2006, *Ministre de la Défense*, n°288441.

103. CJUE, 15 octobre 2009, *Hochtief AG Linde-Kca-Dresden GmbH*, Aff. C-138/08, point 38.

104. CAA Bordeaux, 4 mars 2010, *société Nicollin SAS*, n°08BX02366.

Si les négociations sont engagées à l'issue d'une précédente procédure de mise en concurrence, il appartient au pouvoir adjudicateur de fournir toutes les informations communiquées lors de la première consultation, afin de rétablir l'égalité de traitement entre tous les candidats admis à négocier.

Ex: Le pouvoir adjudicateur méconnaît le principe d'égalité de traitement entre les candidats lorsqu'il publie, peu après le début de la phase de négociation, le montant de l'offre présentée par un candidat lors d'une précédente consultation portant sur le même marché, alors que ce candidat n'a pas été informé des offres de prix présentées par les autres candidats¹⁰⁵.

En cas de procédure négociée sans mesure de publicité faisant suite à un appel d'offres infructueux (article 35-I 1^o), il n'est pas nécessaire que la lettre de consultation soit accompagnée des documents demandés à l'article 66-I¹⁰⁶ du code, dès lors que, par exemple, la lettre de consultation renvoie sans ambiguïté aux documents de la procédure initiale, indique qu'ils ne sont pas modifiés et demande uniquement aux candidats de déposer de nouvelles offres d'un prix moins élevé¹⁰⁷.

2.3. L'achèvement de la procédure

Les marchés relevant de l'article 35-II du code sont expressément exclus de l'obligation d'information des candidats évincés prévue par l'article 80 du code.

En revanche, les marchés relevant de l'article 35-I du code y sont soumis : les pouvoirs adjudicateurs doivent alors respecter un délai de seize ou onze jours, en cas de transmission par voie électronique, entre la date d'envoi de la notification de l'information aux candidats évincés et la signature du marché. Au titre de l'article 80 du code, les pouvoirs adjudicateurs doivent informer les candidats évincés du nom de l'attributaire, des motifs qui ont conduit au choix de son offre et des motifs qui ont conduit au rejet de leur candidature ou de leur offre.

Dans tous les cas, les pouvoirs adjudicateurs sont obligés de communiquer les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre à un candidat qui en fait la demande écrite, conformément aux dispositions de l'article 83 du code des marchés publics.

Ils sont en outre tenus de lui communiquer le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre et les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, dès lors que le candidat a remis une offre qui n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable¹⁰⁸.

La conclusion de marchés négociés sur le fondement des articles 35-I et 35-II du code doit donner lieu à la publication d'un avis d'attribution, conformément à l'article 85 du code. L'article 85-II dispose que « l'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies à l'article 40 du présent code ».

L'article 85-II du code ne s'applique pas aux marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence, ceux-ci n'ayant pas donné lieu à publication d'un avis d'appel public à

105. CAA Bordeaux, 5 novembre 2007, CNRS, n°04BX00547.

106. « La lettre de consultation doit au moins contenir : les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ; la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ; les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié ; le cas échéant, la date limite pour demander des documents complémentaires ; la liste des documents à fournir avec l'offre » (article 66-I du code des marchés publics).

107. CE, 11 août 2009, Société Val'Horizon précité.

108. Voir la fiche technique « L'information des candidats évincés ».



la concurrence. Il convient, en toutes hypothèses, de se référer au paragraphe III et, pour les marchés relevant de l'article 30 du code, au paragraphe IV de l'article 85 qui précisent quel organe de publication choisir en fonction du montant et de la nature des prestations du marché.

Deux situations doivent alors être distinguées en fonction du montant du marché :

- dès lors que le montant d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence excède les seuils européens, un avis d'attribution doit être publié au BOAMP et au JOUE (Avis d'attribution de marché - Modèle européen obligatoire) ;
- lorsque le montant du marché ne dépasse pas les seuils européens, le pouvoir adjudicateur peut publier son avis d'attribution sur n'importe quel support, dès lors qu'il constitue une mesure de publicité appropriée. Néanmoins, afin de faire courir le délai du recours en contestation de la validité du contrat¹⁰⁹, l'avis d'attribution doit contenir les informations nécessaires, à savoir la date de conclusion du contrat et les modalités de sa consultation, dans le respect des secrets protégés par la loi¹¹⁰.

109. CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994.

110. Voir la fiche technique « *Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique* ».

FICHE 22

L'urgence dans les marchés publics

Le code des marchés publics prend en compte les circonstances exceptionnelles auxquelles les acheteurs peuvent être confrontés. L'urgence simple, qui permet de réduire les délais de consultation, doit être distinguée de l'urgence impérieuse, qui permet de recourir au marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

I. L'urgence simple

I.1. L'urgence simple doit être justifiée

L'urgence simple s'apprécie au cas par cas. Elle ne se conçoit que si les délais normaux de réception de candidatures et des offres sont rendus impraticables. Il en résulte que les acheteurs publics doivent être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence, ainsi que l'impossibilité de respecter les délais réglementaires. Ces raisons ne peuvent résulter de leur fait, et, en particulier, de la carence de leurs services dans la gestion de la procédure de passation du marché.

Par exemple, il y a urgence dans la situation résultant à la fois de la proximité de l'ouverture d'un parc d'attraction et du retard avec lequel un tiers a remis les ouvrages¹.

En revanche, l'urgence à faire effectuer des travaux de chauffage dans une école n'est pas justifiée au seul motif de l'imminence de la rentrée scolaire, lorsque le retard est imputable au maître d'ouvrage².

De même, l'imminence de la date d'ouverture de la session parlementaire ne constitue pas, à elle seule, un cas d'urgence³.

I.2. L'urgence simple permet de réduire les délais de consultation

L'urgence permet de diminuer les délais minimum de réception des candidatures et des offres, lorsque l'acheteur public est dans l'incapacité de les respecter.

I.2.1. Le délai minimum de réception des candidatures

En appel d'offres restreint et en procédures négociées, le délai minimum peut être réduit de 37 jours à 15 jours, ou 10 jours si l'avis d'appel public à concurrence (AAPC) a été envoyé par voie électronique (article 60-II et 65-II du CMP).

En appel d'offres ouvert et en dialogue compétitif, aucune réduction du délai minimum de réception des candidatures n'est possible.

1. CE, 30 septembre 1996, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n° 164114.

2. CE, 4 avril 1997, *Département d'Ille-et-Vilaine*, n° 145388.

3. CE, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n° 163328.

1.2.2. Le délai minimum de réception des offres

Le délai minimum de réception des offres ne peut être réduit que dans la procédure d'appel d'offres restreint, passant de 40 à 10 jours (article 62-III du CMP).

1.3. Les obligations d'informations sont maintenues

Les obligations d'information des candidats évincés ainsi que le respect du délai de suspension de la procédure de l'article 80 s'appliquent au cas d'urgence.

2. L'urgence impérieuse

2.1. L'urgence impérieuse s'apprécie strictement

2.1.1. Les circonstances impérieuses

Le 1° du II de l'article 35 du CMP définit l'urgence impérieuse comme résultant de « *circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait* ».

La jurisprudence identifie trois conditions cumulatives à l'urgence impérieuse : elle nécessite l'existence d'un événement imprévisible, d'une urgence incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence qui en résulte⁴.

D'interprétation stricte⁵, l'urgence impérieuse est circonscrite aux phénomènes extérieurs, imprévisibles et irrésistibles pour l'acheteur public, comme par exemple une catastrophe naturelle (tempête Xynthia en 2009 ou inondations), la nécessité d'engager la recherche de victimes d'une catastrophe aérienne ou menaçant la sécurité des personnes. Elle ne peut pas résulter d'irrégularités ou de négligences commises dans la passation du marché (mauvaise définition du besoin initial du pouvoir adjudicateur⁶, carence du pouvoir adjudicateur à définir un cahier des charges et lancer un appel d'offres⁷, annulation par le juge des référés de la procédure de passation d'un marché).

Le recours à l'urgence impérieuse doit être explicitement motivé et les marchés passés en application de l'article 35-II-1° doivent être limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face au caractère impérieux de cette urgence⁸.

Les acheteurs publics peuvent passer des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence pour, notamment :

- entreprendre la réfection des voies gravement endommagées⁹ ;
- consolider les ouvrages menaçant de s'effondrer ;
- entreprendre des actions de secours aux personnes sinistrées (solutions d'hébergement provisoire, distribution de repas...);
- rétablir le fonctionnement des réseaux¹⁰.

4. CE, 8 février 1999, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n° 150919 ; CJUE, 18 novembre 2004, *Commission contre Allemagne*, C-126/03, point 23.

5. CJUE, 10 avril 2003, *Commission contre Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, point 28.

6. CJUE, 27 octobre 2011, *Commission contre République Hellénique*, C-601/10, point 33.

7. CAA Lyon, 18 mai 1989, *Société Royat automobiles*, n° 89LY00042.

8. Réponse ministérielle n° 41036, JOAN du 27 mars 2000, p. 2025 ; voir également CJUE, 14 septembre 2004, *Commission contre République Italienne*, C-385/02, points 19 et 37.

9. CAA Marseille, 12 mars 2007, *Commune de Bollène*, n° 04MA00643.

10. Eau, chaleur, téléphone pour un hôpital : CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique*, n° 38788.



En revanche, l'urgence impérieuse ne saurait justifier la passation de marchés négociés sans mise en concurrence pour, par exemple :

- reconstruire les bâtiments publics effondrés ;
- assurer le relogement pérenne de sinistrés ;
- réaliser de nouveaux ouvrages¹¹.

Le Conseil d'État a par exemple considéré que le recours au marché négocié sans publicité, ni mise en concurrence n'était pas justifié dans l'hypothèse où les parties soutenaient que les procédures de droit commun entraîneraient un retard préjudiciable à la collectivité, l'intérêt général exigeant que le chantier prenne fin le plus rapidement possible¹².

Conseil pratique : Les mesures qui s'imposent doivent être prises dans les meilleurs délais. A mesure que l'on s'éloigne de la date des événements imprévisibles, la nécessité de réaliser des travaux ou de commander des prestations de services présente de moins en moins le caractère d'un cas d'« urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles », et il pourrait être fait grief à l'acheteur public de ne pas avoir organisé une procédure d'appel d'offres classique ou sur le fondement de l'urgence simple¹³.

2.1.2. Les cas prévus par le code de la santé publique et le code de la construction et de l'habitation

L'urgence impérieuse trouve également à s'appliquer dans certains cas limitativement énumérés par le code de la santé publique (CSP) et par le code de la construction et de l'habitation (CCH). Peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence les marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs dans les cas suivants :

- En cas de danger ponctuel imminent pour la santé publique (art. L. 1311-4 du CSP) ;
- Lorsque l'utilisation qui est faite de locaux ou installations présente un danger pour la santé ou la sécurité de leurs occupants (art. L. 1331-24 du CSP) ;
- En cas de danger imminent pour la santé ou la sécurité des occupants lié à la situation d'insalubrité d'un immeuble (art. L. 1331-26-1 du CSP) ;
- Lorsqu'à la suite d'une déclaration d'insalubrité irrémédiable, le préfet ordonne la démolition de l'immeuble, ou, s'il est possible de remédier à l'insalubrité, tous les travaux adéquats (art. L. 1331-28 du CSP) ;
- Lorsqu'un immeuble a fait l'objet d'une déclaration d'insalubrité irrémédiable, l'autorité administrative peut réaliser d'office les mesures destinées à écarter les dangers immédiats pour la santé et la sécurité des occupants ou des voisins (art. L. 1331-29 du CSP) ;
- En cas de refus du propriétaire d'effectuer les travaux nécessaires pour supprimer le risque constaté d'intoxication au plomb des revêtements (art. L. 1334-2 du CSP) ;
- Lorsqu'une commune procède d'office aux travaux pour faire cesser la situation d'insécurité constatée par la commission de sécurité, dans le cas où un établissement recevant du public est à usage total ou partiel d'hébergement (art. L. 123-3 du CCH) ;
- Lorsque, du fait de la carence du ou des propriétaires, des équipements communs d'un immeuble collectif à usage principal d'habitation présentent un fonctionnement défectueux ou un défaut d'entretien de nature à créer des risques sérieux pour la sécurité des occupants ou à compromettre gravement leurs conditions d'habitation, et que le maire fait procéder d'office à l'exécution des travaux (art. L. 129-2 du CCH) ;

11. CE, 23 février 1990, Commune de Morne-À-L'eau, n° 69588.

12. CE, 8 janvier 1992, Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines, n° 85439.

13. CE, Sect., 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion, n° 117717.

- En cas d'urgence ou de menace grave et imminente, lorsque le maire fait exécuter d'office les mesures préconisées par un expert de nature à mettre fin à l'imminence du danger lié à l'article L. 129-2 du CCH (art. L.129-3 CCH) ;
- Lorsque le maire fait procéder d'office aux travaux nécessaires d'un immeuble menaçant ruine (art. L. 511-2 du CCH) ;
- En cas de péril imminent, lorsque le maire fait exécuter d'office les mesures préconisées par un expert de nature à mettre fin à l'imminence du péril lié à un immeuble menaçant ruine (art. L. 511-3 du CCH).

2.2. Une procédure de passation très allégée

En cas d'urgence impérieuse, les acheteurs publics sont dispensés :

- des formalités de publicité et de mise en concurrence (article 35 II 1°, alinéa 1^{er}, du CMP) ;
- de la préparation des documents d'un marché : un simple échange de lettres peut suffire (article 35 II 1°, alinéa 2, du CMP) ;
- de la réunion de la commission d'appel d'offres pour les marchés des collectivités territoriales et des établissements publics locaux (article 25 du CMP).



FICHE 2 3

La déclaration d'infructuosité

Dans la passation d'un marché public, lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise, ou bien lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, il est possible de mettre fin à la procédure en la déclarant infructueuse.

Attention ! La déclaration d'infructuosité ne doit pas être confondue avec la déclaration sans suite. Ces deux dispositifs sont proches (voir la fiche « La déclaration sans suite »), mais leur application n'entraîne pas les mêmes conséquences.

I. Les fondements juridiques

Le principe de la déclaration d'infructuosité est mentionné dans les articles 59-III, 64-III et 67-IX du code des marchés publics, respectivement relatifs aux appels d'offres ouvert, restreint et au dialogue compétitif. Pour ces procédures, la déclaration d'infructuosité est encadrée par des règles de compétence et de fond qui s'imposent à l'acheteur public.

Cette modalité d'interruption d'une procédure peut également être appliquée dans le cadre d'autres procédures formalisées ou de la procédure adaptée. Si la description de la procédure adaptée est silencieuse sur cette question (articles 28 et 40 du code), cela s'explique par la liberté accordée au pouvoir adjudicateur pour l'organisation des modalités de passation et, par voie de conséquence, des modalités d'interruption de la procédure.

2. Les modalités de la déclaration

2.1. L'autorité compétente

La déclaration d'infructuosité est de la compétence de la commission d'appel d'offres dans les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

2.2. Le moment de la décision

La déclaration d'infructuosité est la constatation d'une absence d'offre ou d'une inadéquation entre la demande formulée par l'administration et l'offre des soumissionnaires.

La décision ne peut, par conséquent, être prise qu'à l'issue du jugement définitif des offres ou après mise au point du marché.

2.3. La publication

La décision de déclarer la procédure infructueuse n'a pas à être publiée. En revanche, l'avis de marché de la consultation suivante devra indiquer que la nouvelle procédure fait suite à une déclaration de procédure infructueuse.

2.4. Information

L'article 80-II du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur d'informer dans les plus brefs délais les candidats qu'il ne sera pas donné suite à la procédure et des motifs qui justifient cette décision.

La décision doit porter indication des délais et voies de recours pour que le délai de forclusion puisse courir.

Il n'existe pas de formulaire de déclaration d'infructuosité.

3. Pourquoi déclarer infructueuse une procédure ?

La déclaration d'infructuosité suppose une inadéquation totale entre les attentes exprimées par l'acheteur public et l'offre présentée par les candidats. Elle découle des résultats, objectivement appréciés, du déroulement de la procédure de passation.

L'infructuosité peut être déclarée exclusivement dans les cas suivants :

- en l'absence d'offre remise ;
- si les offres remises se révèlent :

- irrégulières ;
- inappropriées ;
- inacceptables.

Le fait qu'une offre au moins soit acceptable interdit au pouvoir adjudicateur de déclarer une procédure d'appel d'offres infructueuse et ce, même si le niveau de concurrence apparaît comme insuffisant¹.

On prendra garde qu'un appel d'offres ne peut être déclaré infructueux que dans la mesure où il a été organisé dans des conditions de nature à en assurer normalement la réussite, notamment par la fixation d'un prix estimatif réaliste². La déclaration d'infructuosité est donc exclue lorsqu'elle a pour but de pallier les carences de l'administration dans l'évaluation de ses besoins. Elle serait, dans cette hypothèse, annulée par le juge.

3.1. L'offre irrégulière

Une offre irrégulière est une offre qui est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Doivent donc être considérées comme irrégulières les offres remises hors délai ; celles qui, tout en respectant au principal l'objet du marché, ne répondent pas complètement à la définition des besoins quantitativement ou qualitativement ou encore les offres anormalement basses, notamment lorsqu'elles contreviennent à la législation sur le dumping au sens de l'article L. 420-5 du code du commerce et ne remplissent pas les conditions énoncées par l'article 55 du code des marchés publics.

1. Réponse ministérielle n° 14701, JOAN 20 juillet 1998, p. 4002.

2. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne c/ Opac de Meaux*, n° 160686.



Une offre irrégulière peut aussi être une offre non régulièrement établie, comme, par exemple, une offre qui ne serait pas signée, excepté dans le cadre de la procédure adaptée et à moins que le dossier de consultation n'en ait fait une obligation³.

Est aussi qualifiée d'offre irrégulière l'offre dans laquelle le candidat n'a pas renseigné tous les prix devant figurer au bordereau des prix unitaires en application du règlement de la consultation⁴. A contrario, n'est pas considérée comme irrégulière l'offre ne mentionnant pas le prix de certaines prestations et matériels dès lors que les documents de la consultation n'exigeaient pas qu'il le soit⁵.

3.2. L'offre inappropriée

Est considérée comme inappropriée l'offre non conforme à l'objet du marché et qui peut être assimilée à une absence d'offre. Le défaut de conformité peut résulter, par exemple, de l'initiative d'un candidat de modifier les documents de la consultation pour remettre une offre ne correspondant pas à ce qui est demandé par l'acheteur public⁶. Il s'agit donc bien d'une offre ne répondant pas à la solution technique et administrative définie par le pouvoir adjudicateur.

On prendra garde qu'une déclaration d'infructuosité n'est pas justifiée si une simple mise au point du marché permet à l'offre d'être conforme aux exigences du cahier des charges⁷.

Une absence d'offre appropriée et une absence d'offre tout court sont équivalentes. Ce sont toutes deux des offres qui n'ont aucun rapport avec les conditions fixées par le pouvoir adjudicateur dans les documents de la procédure, soit parce qu'elles n'existent pas, soit parce qu'elles ne répondent pas au besoin exprimé dans l'appel d'offres.

3.3. L'offre inacceptable

L'offre inacceptable répond au besoin du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. Mais les conditions prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, par exemple dans le cas d'une offre dont les prix ne seraient pas conformes à l'article L. 6211-21 du code de la santé publique imposant la facturation d'examens de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale⁸ ou encore dans le cas d'une offre qui méconnaît les stipulations d'une convention collective⁹.

Il peut également s'agir de l'hypothèse où les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de financer l'offre. Toutefois, ce n'est qu'à la condition que le pouvoir adjudicateur n'ait pas les moyens de la financer, et qu'il soit en mesure de le prouver, qu'une offre peut être qualifiée d'inacceptable¹⁰. Dès lors que le budget du pouvoir adjudicateur lui donne la possibilité d'accepter l'offre, celle-ci ne peut pas être rejetée comme inacceptable, même si son prix est largement supérieur au montant estimé du marché¹¹.

3. CE, 8 mars 1996, *M. Pelte*, n° 133198.

4. CE, 20 janvier 2014, *Aquitanis*, n° 373157 ; CE, 25 mars 2013, *Socé Signaud Girod Grand Sud*, n° 364824.

5. CE, 29 mai 2013, *Société Comatis*, n° 366456.

6. CAA Nancy, 11 mai 2006, *Société Ronzat*, n° 04NCO0519.

7. CE, 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n° 171293.

8. CE, 27 avril 2011, *Sté Bio Paris Ouest*, n° 344244.

9. CE, 11 décembre 2013, *Grand port maritime de la Martinique*, n° 372214.

10. Réponse ministérielle n° 05463, JO Sénat, 22 août 2013, p. 2441 ; Réponse ministérielle n° 34614, JOAN, 17 décembre 2013, p. 13263.

11. CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines*, n° 346665.

Ainsi, à titre d'exemple, si les crédits budgétaires alloués à un lot permettent de le financer, il n'est pas possible de déclarer inacceptable l'offre arrivée en tête lors du classement final au seul motif que son prix serait jugé excessif. Par ailleurs, si l'offre excède le montant des crédits budgétaires, elle ne peut être déclarée inacceptable que si le coût estimatif n'a pas été fixé de façon irréaliste par le pouvoir adjudicateur¹².

4. La poursuite de la procédure

La déclaration d'infructuosité peut être suivie soit d'un nouvel appel d'offres soit, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, d'un marché négocié sur le fondement de l'article 35-I du code des marchés publics (avec mise en concurrence) ou à l'article 35-II (sans mise en concurrence). Une procédure adaptée pour les lots répondant à la définition de l'article 27-III du code peut également être envisagée.

Il conviendra d'indiquer dans l'avis de marché de la consultation suivante qu'il s'agit d'une nouvelle procédure qui fait suite à une déclaration de procédure infructueuse.

4.1. Un nouvel appel d'offres

Si le pouvoir adjudicateur projette de modifier substantiellement le dossier de consultation propre à la procédure initiale, il doit recourir à un nouvel appel d'offres¹³.

4.2. Le marché négocié

4.2.1. A la suite d'un appel d'offres ou d'un dialogue compétitif

La procédure négociée ne peut être mise en œuvre que si la déclaration d'infructuosité est fondée¹⁴.

Lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables, la décision de déclarer la procédure infructueuse permet de recourir à un marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence, conformément à l'article 35-I-1° du code des marchés publics.

S'il décide de négocier avec les candidats admis qui, dans le cadre de la procédure initiale, ont remis des offres respectant les exigences formelles et de délai relatives à la présentation des offres, l'acheteur public est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité. Il n'est cependant possible de négocier que sur la base d'offres appropriées. Une offre inappropriée ne peut donc pas faire l'objet de négociations. Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur décide d'élargir la concurrence en permettant à d'autres candidats de participer à la mise en concurrence en publiant un avis de publicité, les candidats qui ont participé à la consultation déclarée infructueuse doivent à nouveau faire acte de candidature¹⁵.

Si la déclaration d'infructuosité résulte d'offres remises inappropriées ou d'absence de plis, le pouvoir adjudicateur peut recourir à un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, conformément à l'article 35-II-3° du code. La Commission

12. Réponse ministérielle n° 32664, JOAN, 15 octobre 2013, p. 10817.

13. CE, 14 mars 1997, *Préfet du Maine-et-Loire*, n° 146011.

14. CAA Paris, 24 mars 2003, *Crédit d'équipement des PME*, n° 98PA01226.

15. Réponse ministérielle n° 10609, JO Sénat, 17 juin 2004, p. 1341.



européenne peut demander la communication d'un rapport justifiant le recours à cette procédure.

Le pouvoir adjudicateur ne peut mettre en œuvre une procédure négociée à la suite d'un appel d'offres infructueux que si cette infructuosité n'est pas la conséquence de carences ou d'anomalies du dossier de consultation. Si tel était le cas, la personne publique devrait relancer un nouvel appel d'offres¹⁶.

4.2.2. A la suite d'un marché passé selon la procédure adaptée

Dans le cadre d'une procédure adaptée, les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics donnent la possibilité au pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à la négociation de choisir librement les candidats avec lesquels il souhaite négocier : il peut donc admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Après l'achèvement des négociations, le pouvoir adjudicateur ne peut pas conserver les offres restées inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Celles-ci doivent alors être rejetées¹⁷.

Le pouvoir adjudicateur est libre de décider d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière. Il l'est aussi de refuser d'admettre un candidat à la phase de la négociation au motif que son offre est irrégulière.

4.3. Le recours à la procédure adaptée pour les lots infructueux

La décision de déclarer la procédure infructueuse peut également être suivie de la procédure adaptée décrite à l'article 28 du code pour les lots déclarés infructueux et répondant aux conditions fixées par l'article 27-III du code.

Ces dispositions permettent de recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services, ou pour les lots inférieurs à 1 000 000 euros HT dans le cas de marchés de travaux. Le montant cumulé de ces lots ne devra cependant pas excéder 20% de la valeur de la totalité des lots.

Dans cette situation, le pouvoir adjudicateur doit établir un règlement de la consultation qui peut toutefois ne contenir que les informations prévues à l'article 42 du code, c'est-à-dire les caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

5. Le contrôle du juge

Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision de déclarer la procédure infructueuse¹⁸.

La décision du pouvoir adjudicateur est donc susceptible d'être contrôlée par le juge, y compris par la voie de référé précontractuel, notamment à l'appui d'un recours contre la procédure négociée engagée à la suite de la déclaration d'infructuosité¹⁹.

16. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne / OPAC de Meaux*, n° 160686.

17. CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense et des anciens combattants*, n° 353121 ; Réponse ministérielle. n° 34614, JOAN, 17 décembre 2013, p. 13263.

18. CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 359921.

19. CE, 3 mai 2002, *Union des syndicats du sud Gironde pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères*, n° 242891.

Le juge condamne le recours à l'une des deux modalités d'interruption de la procédure alors que seule l'autre pouvait trouver à s'appliquer. Le Conseil d'Etat a par exemple sanctionné le recours à la décision de ne pas donner suite alors que seule la déclaration d'infructuosité était applicable²⁰.

Le juge sanctionne également la déclaration d'un appel d'offres infructueux et le recours à un marché négocié qui l'a suivi, lorsque la décision d'infructuosité trouve son origine dans des erreurs d'analyse des offres provoquées elles-mêmes par l'imprécision du règlement de la consultation²¹.

L'illégalité de la déclaration d'infructuosité d'un appel d'offres n'oblige le pouvoir adjudicateur à indemniser un candidat que dans l'hypothèse où la décision prive ce dernier d'une chance sérieuse d'obtenir le marché²².

20. CE, 18 mars 2005, *Société Cyclergie*, n° 238752.

21. CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre Hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye*, n° 07BX01245.

22. CAA Lyon, 28 juin 2012, *Société RSA Cosmos*, n° 11LY00487.



FICHE 24**La déclaration sans suite**

Le code des marchés autorise le pouvoir adjudicateur à abandonner la procédure d'appel d'offres en la déclarant sans suite, en principe, pour motif d'intérêt général.

Attention ! La déclaration sans suite ne doit pas être confondue avec la déclaration d'infructuosité. Ces deux dispositifs sont proches (voir la fiche « La déclaration d'infructuosité »), mais leur application n'entraîne pas les mêmes conséquences.

I. Les fondements juridiques

L'acheteur public peut toujours décider de ne pas donner suite à une procédure de marché. Bien qu'elle ne soit expressément mentionnée qu'à certaines dispositions du code des marchés publics (CMP)¹, il est de jurisprudence bien établie que ce droit existe pour tous les marchés².

2. Comment déclarer sans suite ?**2.1. L'autorité compétente**

La décision appartient au représentant du pouvoir adjudicateur aussi bien pour l'Etat et ses établissements publics que pour les collectivités territoriales.

2.2. Le moment de la décision

La déclaration sans suite peut intervenir à tout moment jusqu'à la signature du marché. Elle peut même intervenir alors que le marché a été attribué, puisque la décision d'attribuer le marché ne crée, au profit de l'attributaire, aucun droit à la signature du contrat³.

Cette décision est subordonnée, pour l'essentiel, à la seule existence d'un motif d'intérêt général qu'il appartient à la personne publique d'apprécier et d'établir.

2.3. Publication

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier la décision de déclarer sans suite la procédure.

1. Articles 59-III et 59-IV, 64-III et 64-IV, 66-VI, 67-IX et 67-XI du code des marchés publics.
2. CE, 8 avril 1998, *Préfet de la Sarthe c/ Commune de la Ferté-Bernard*, n° 146002.
3. CE, 10 octobre 1984, *Compagnie générale de constructions téléphoniques*, n° 16234.

En revanche, il doit indiquer dans l'avis de marché d'une éventuelle consultation suivante que cette nouvelle procédure a été initiée à la suite de la décision du pouvoir adjudicateur de renoncer à passer le marché pour des motifs d'intérêt général⁴.

2.4. Information

L'article 80-II du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur d'informer, dans les plus brefs délais, les candidats qu'il ne sera pas donné suite à la procédure et des motifs qui justifient cette décision.

La décision doit porter indication des délais et voies de recours, pour que le délai de forclusion puisse courir.

Il n'existe pas de formulaire pour cette déclaration. Le pouvoir adjudicateur prend une décision relatant la procédure et la déclarant sans suite pour un motif d'intérêt général qui devra être indiqué.

3. Par quels motifs ?

La motivation constitue un élément de régularité de la déclaration sans suite. Le pouvoir adjudicateur doit motiver sa décision, faute de quoi, cette décision sera réputée dénuée de motif d'intérêt général et, par suite, irrégulière⁵.

Les motifs peuvent être de nature très diverse⁶ : économique, juridique ou technique. Il peut résulter d'un choix de gestion de la personne publique. Il importe peu qu'une ou plusieurs offres aient été acceptables ; c'est en cela que la déclaration sans suite se distingue de la déclaration d'infructuosité qui exige que les offres n'aient pas été acceptables.

Les motifs de la décision doivent être énoncés de façon non équivoque⁷ et ne doivent pas traduire une faute ou de véritables carences de l'administration.

Par ailleurs, dans le cadre de l'appel d'offres, l'article 59-III du CMP autorise le pouvoir adjudicateur à déclarer la procédure sans suite lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35.

3.1. Les motifs économiques

Il peut s'agir de motifs d'ordre budgétaire⁸ : par exemple, le coût estimé des travaux dépasse le budget disponible. Ce motif suppose néanmoins de démontrer l'existence et l'origine des surcoûts invoqués.

4. Rubrique IV.3.2) du formulaire standard européen « Avis de marché ».

5. CAA Lyon, 7 janvier 2010, *Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement contre Association OSER*, n° 07LY00624.

6. Réponse ministérielle n° 22612, JO Sénat, 12 avril 2012, p. 922 et réponse ministérielle n° 3068, JOAN, 30 octobre 2012, p. 6153.

7. CJUE, 7 avril 1992, *Compagnia Italiana Alcool SAA di Mario Mariano and co*, C-358/90 : « La motivation exigée par l'article 190 du traité CEE doit faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'autorité communautaire, de façon à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre leurs droits et à la Cour d'exercer son contrôle »

8. CE, 23 novembre 1983, *Commune de Mont-de-Marsan c/ Fries*, n°30493.



Le motif d'intérêt général peut être d'ordre financier⁹ tiré de ce que les prestations objet du marché pouvaient être réalisées pour un montant nettement moins élevé que celui initialement prévu sur des bases techniques nouvelles.

La décision d'interrompre la procédure pour motif d'intérêt général peut aussi être justifiée par l'insuffisance de concurrence, qu'elle ait été provoquée ou non par une entente entre les entreprises, même si une ou plusieurs offres sont acceptables¹⁰.

3.2. Les motifs fondés sur le besoin du pouvoir adjudicateur

La disparition du besoin de la personne publique, qui peut résulter soit de la disparition pure et simple du besoin, soit de sa redéfinition, peut également être à l'origine d'une décision de déclarer la procédure sans suite¹¹.

Peuvent aussi constituer un motif d'intérêt général des considérations liées à l'intérêt du sport national, à la politique de la ville, à l'aménagement du territoire ou à la préservation de l'environnement¹².

3.3. Les motifs juridiques et techniques

La déclaration sans suite peut être motivée par le souci d'éviter les risques tenant aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises ou de mettre fin à une procédure entachée d'irrégularité¹³. On peut citer, comme exemple d'irrégularité, une contradiction entre le règlement de la consultation et le cahier des charges administratives particulières (CCAP) ou le fait que le document technique contienne des dispositions discriminatoires.

La décision peut aussi être motivée par la présence d'erreurs dans les exigences techniques des prestations, rendant impossible le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

4. La poursuite de la procédure

La déclaration sans suite s'assimile à un abandon de procédure. Pour autant, le pouvoir adjudicateur peut parfaitement lancer une nouvelle consultation. Mais, il est alors tenu de recommencer entièrement la procédure en respectant l'intégralité des dispositions du code des marchés publics en vigueur au jour de son lancement.

Il devra, de plus, veiller à ce que la nouvelle procédure soit en cohérence avec la nature du motif d'intérêt général invoqué et tirer les conséquences de ce motif. A titre d'exemple, en cas d'insuffisance de crédits budgétaires, la nouvelle consultation ne doit pas intervenir dans un délai trop rapproché. Dans une hypothèse où le motif tient à la mauvaise définition du besoin, l'acheteur doit s'attacher à mieux définir son besoin avant le lancement de la nouvelle procédure. Dans le cas de figure où l'interruption de la procédure est due à la disparition du besoin, il ne peut être envisagé de relancer une consultation pour les mêmes prestations.

9. CE, 30 décembre 2009, *Société Estradera*, n°305287.

10. CJUE, 16 septembre 1999, *Fracasso et Leitschutz*, C-27/98 et Rép. min. n° 14701, JOAN 20 juillet 1998.

11. CAA Bordeaux, 8 janvier 2008, *Société Goppion*, n°05BX01006.

12. TA de Paris, 14 octobre 1997, *Sociétés Eiffage et Spie Batignolles*, n° 9405985/6 et n° 9408111/6.

13. CAA Versailles, 5 janvier 2012, *Commune d'Athis-Mors*, n°08VE02889.

Par ailleurs, si les conditions sont remplies, l'acheteur public peut recourir aux dispositions de l'article 27-III du code, qui permet la mise en œuvre de la procédure adaptée décrite à l'article 28 pour certains lots.

5. Le contrôle du juge

La décision de déclarer la procédure sans suite est discrétionnaire. Le juge est toutefois susceptible d'en contrôler les motifs¹⁴.

Le juge administratif ne sanctionne que les irrégularités manifestes telles que l'absence de motif d'intérêt général. Il peut aussi, à l'inverse, sanctionner un acheteur public en annulant une procédure pour ne pas avoir déclaré sans suite une procédure de passation, alors qu'il était conscient de son irrégularité.¹⁵

Le juge sanctionne le recours à la décision de ne pas donner suite dans un cas où le motif invoqué ne constitue pas un motif d'intérêt général mais caractérise un détournement de procédure mis en œuvre par l'acheteur public pour évincer un candidat¹⁶. Le pouvoir adjudicateur devra donc veiller à ce que la faculté d'abandonner la procédure ne soit pas utilisée dans cette perspective.

6. L'indemnisation des candidats

L'abandon de la procédure pour un motif d'intérêt général ne donne pas lieu à indemnisation des candidats et, notamment de leur manque à gagner, sauf si le règlement de la consultation le prévoit expressément.

Si la renonciation à conclure le marché n'est pas fondée sur un motif d'intérêt général, la personne publique commet une faute de nature à engager sa responsabilité et à ouvrir un droit d'indemnisation au profit des candidats aussi bien au titre du manque à gagner qu'à celui des dépenses engagées en vue de l'exécution du marché¹⁷.

14. CJUE, 18 juin 2002, *Hospital Ingenieur Krankenhaus-technik Planungs*, C-92/00. CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda regionale emergenza urgenza*, C-440/13.

15. CAA Nancy, 4 mai 1999, *Préfet du Nord*, n° 95NCO2022.

16. CE, 18 mars 2005, *Société Cyclergie*, n° 238752.

17. CAA Paris, 4 mai 2010, *Région Ile-de-France*, n° 08PA04899.



FICHE **25****L'offre anormalement basse**

L'article L. 410-2 du code de commerce dispose que « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

Néanmoins, pour protéger l'acheteur public d'offres financièrement séduisantes mais dont la solidité pourrait ne pas être assurée, le code des marchés publics dispose : « *Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies* » (article 55 du CMP et article 142 du CMP en vertu duquel les dispositions de l'article 55 s'appliquent aux entités adjudicatrices)¹.

Ni le code, ni les directives ne donnent de définition de l'offre anormalement basse. Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc apprécier la réalité économique des offres, afin de différencier une offre anormalement basse d'une offre concurrentielle. Le rejet d'une offre anormalement basse n'est possible que si une procédure contradictoire avec le candidat concerné a été déclenchée au préalable.

L'article 55 du CMP prévoit une procédure de traitement des offres suspectées d'être anormalement basses par le pouvoir adjudicateur. Ce dispositif permet de ne pas sanctionner l'offre basse mais l'offre anormale qui nuit à la concurrence loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché.

Au regard du droit de la concurrence, la notion de prix abusivement bas visée par l'article L. 420-5 du code de commerce ne s'applique pas aux offres remises dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés publics. Le pouvoir adjudicateur ne peut en effet être assimilé à un consommateur au sens où l'entend le code de commerce, c'est-à-dire à une personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels².

I. Comment identifier une offre anormalement basse ?

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique³.

1. Art. 55 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et art. 57 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 ; voir également art. 69 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et art. 84 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014, non encore transposés.

2. CA de Paris, 3 juillet 1998, *Société moderne d'assainissement et de nettoyage*, RG n°97-15750, Recueil Dalloz 1999, page 249 ; Conseil de la concurrence, décision n°07-D-38 du 15 novembre 2007.

3. Point 15.2 du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur peut apprécier la dimension économique des offres à partir de plusieurs référentiels. Ces indices ne suffisent pas, pour autant, à qualifier automatiquement l'offre d'anormalement basse.

1.1. Par la prise en compte du prix de l'offre

La sous-évaluation financière des prestations constitue le premier indice évident de l'offre anormalement basse. Le caractère bas du prix doit cependant être apprécié au vu de toutes les composantes de l'offre : les prix dépendront du temps passé ou des quantités qui auront été estimés par le candidat au vu des exigences du cahier des charges. Ainsi, par exemple, un prix peut être jugé bas, mais s'avère cohérent compte tenu du temps de travail envisagé ou de la composition des équipes de travail dédiées⁴. Un prix faible ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique ou financière de l'offre présentée par une entreprise⁵.

Le pouvoir adjudicateur doit donc raisonner au cas par cas, en prenant en compte les exigences du cahier des charges et les caractéristiques des offres remises.

1.2. Par l'utilisation d'une formule mathématique

Le mécanisme d'exclusion automatique des offres anormalement basses sur la base d'un critère mathématique est illégal⁶. Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une offre, sur le seul motif qu'elle serait inférieure à un seuil fixé en amont. Cette exclusion automatique prive, en effet, les candidats de la possibilité de présenter des éléments de justification du caractère anormalement bas de leur offre⁷.

En revanche, le pouvoir adjudicateur peut utiliser une formule mathématique, afin de déterminer un seuil d'anomalie, en-deçà duquel les offres sont suspectées d'être anormalement basses, permettant la mise en œuvre du dispositif de l'article 55 du code.

1.3. Par comparaison avec les autres offres

Constater un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents est un élément permettant de qualifier l'offre d'anormalement basse⁸. Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres reçues⁹, avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes. Cette moyenne correspondra ainsi à l'estimation raisonnable du coût des prestations en cause.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder sur le seul écart de prix entre deux offres pour qualifier une offre d'anormalement basse, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué, c'est-à-dire susceptible de compromettre la bonne exécution du marché¹⁰.

L'Autorité de la concurrence met également en garde contre l'offre qui ne paraît anormalement basse que parce que son auteur est le seul à ne pas avoir participé à une entente

4. CE, 29 mai 2013, *Min. Int. c/ Sté Artéis*, n° 366606.

5. CE, 15 avril 1996, *Commune de Poindimie*, n° 133171.

6. CJUE, 22 juin 1989, *Sté Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan*, C-103/88.

7. CJUE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SPA*, C-285/99 ; CJUE, 15 mai 2008, *SECAP c/ Commune di Torino*, C-147/06, pour une application aux marchés publics non soumis aux directives marchés publics.

8. CAA Marseille, 12 juin 2006, *SARL Stand Azur*, n°03MA02139.

9. TA Lyon, ord., 24 février 2010, *Société ISOBASE*, n°1000573 : « Offre d'un montant deux fois moins élevé que la moyenne des offres ».

10. CE, 29 mai 2013, *Min. Int. c/ Sté Artéis*, précité. CE, 3 novembre 2014, *Office national des forêts*, n°382413.



destinée à majorer les prix¹¹. La moyenne peut ainsi être faussée par les offres de « courtoisie » remises par certains candidats qui n'ont pas l'intention de remporter le marché, mais qui souhaitent montrer leur intérêt ou se faire connaître du pouvoir adjudicateur.

1.4. Par comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur

La différence conséquente entre le prix de l'offre d'un candidat et l'estimation de l'administration peut être un élément d'identification d'une offre anormalement basse. Parce qu'elle correspond aux disponibilités budgétaires du pouvoir adjudicateur, elle doit être prise en compte, sans pour autant constituer un référentiel unique justifiant l'élimination automatique de certaines offres.

1.5. Au vu des obligations qui s'imposent aux soumissionnaires

Le candidat doit prendre en compte les obligations qui s'imposent à lui, en matière sociale. Il doit les intégrer dans son offre et être en mesure de les respecter tout au long de l'exécution du marché.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'offre présentée permet à son auteur de respecter les obligations sociales issues du code du travail et des conventions collectives, notamment en matière de rémunération. Le Conseil d'Etat a jugé que le droit, pour tout salarié, de percevoir une rémunération au moins égale au SMIC était un principe général du droit¹². Une attention particulière devra être portée par les pouvoirs adjudicateurs sur les marchés à forte main d'œuvre.

Le pouvoir adjudicateur doit toutefois apprécier, au cas par cas, dans quelle mesure les obligations sociales doivent être intégrées dans l'offre d'un candidat. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que si le coût lié à la reprise des salariés de l'ancien attributaire doit être pris en compte par le candidat à un marché public lorsqu'il présente son offre, le montant de cette dernière ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût. Ne constitue donc pas une offre anormalement basse, l'offre d'un candidat qui n'intégrait pas la couverture intégrale du coût de la reprise des salariés, compte tenu des possibilités de redéploiement ou d'imputation partielle de ce coût¹³.

L'analyse des offres remises au vu de ces éléments permet au pouvoir adjudicateur de relever certains indices qui ne suffisent pas pour qualifier l'offre anormalement basse, mais qui justifient le déclenchement du dispositif prévu à l'article 55 du code.

2. Comment traiter une offre suspectée d'être anormalement basse ?

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications à leurs auteurs et d'en apprécier la

11. Conseil de la concurrence, avis n°96-A-08 du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique.

12. CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, n° 36851.

13. CE, 1^{er} mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, n° 354159.

pertinence, afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Cette procédure contradictoire ne relève pas d'une simple faculté, mais constitue une obligation¹⁴. L'absence de procédure contradictoire et l'exclusion automatique d'un candidat dont l'offre est suspectée d'être anormalement basse peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par le juge¹⁵.

L'obligation de détection et d'élimination d'une offre anormalement basse s'applique également à l'égard des offres présentées par les personnes publiques¹⁶.

2.1. Le pouvoir adjudicateur doit demander des explications au candidat qui a déposé l'offre

La procédure contradictoire de l'article 55 permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les prix proposés sont économiquement viables et que le candidat a pris en compte l'ensemble des exigences formulées dans le dossier de consultation. Le candidat doit pouvoir faire valoir son point de vue et démontrer le sérieux de son offre.

Un courrier doit lui être adressé, l'informant que son offre est suspectée d'être anormalement basse et lui demandant de fournir toutes justifications qu'il jugera utiles. Le pouvoir adjudicateur doit formuler clairement sa demande aux candidats concernés afin de permettre à ceux-ci « *de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de leur offre.* »¹⁷

Si le pouvoir adjudicateur doit solliciter auprès de l'auteur d'une offre suspectée d'être anormalement basse toutes les précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, il n'est en revanche pas tenu de lui poser des questions spécifiques¹⁸.

Le pouvoir adjudicateur précise dans son courrier le délai¹⁹ qui est laissé au candidat pour fournir les justifications demandées.

2.2. Le pouvoir adjudicateur doit apprécier la pertinence des explications fournies par le candidat

L'article 55 du code énumère cinq types de justifications qui peuvent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur :

- les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
- les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- l'originalité de l'offre ;
- les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
- l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

14. CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovenska*, C-599/10.

15. TA Lille, 25 janvier 2011, *Ste Nouvelle SAE*, n°0800408.

16. CE, 20 février 2013, *Laboratoire Biomnis*, n° 363656.

17. CJUE, C-599/10, précité.

18. CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, n°371233.

19. Un délai de quatre jours, incluant deux jours non ouvrés, laissé à une entreprise pour justifier son prix a été jugé suffisant dès lors que la réponse à apporter n'est pas d'une technicité particulière (CAA Paris, 6 mai 2014, *Association Frate Formation Conseil*, n° 11PA01533).



Cette liste n'est pas exhaustive et présente des exemples de justifications que le soumissionnaire peut fournir pour démontrer le sérieux de son offre²⁰. D'autres explications peuvent donc être apportées et aucune n'est exclue *a priori*.

2.3. Le pouvoir adjudicateur doit décider de l'admission ou du rejet de l'offre en cause

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à un examen attentif des informations fournies par l'entreprise pour justifier son prix. Si ces éléments sont convaincants, le pouvoir adjudicateur peut requalifier l'offre de « normale », en reconnaissant son caractère particulièrement compétitif et l'inclure dans le processus d'analyse sur la base des critères d'attribution annoncés et de leur pondération.

En revanche, si les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise et de démontrer que le marché ne peut être exécuté dans les conditions prévues, le pouvoir adjudicateur (ou la commission d'appel d'offres²¹) est tenu de la rejeter par décision motivée. A titre d'exemple, un candidat ne peut se borner à invoquer sa longue expérience et sa qualité de précédent titulaire du marché pour justifier un prix largement plus faible que l'estimation du pouvoir adjudicateur et la moyenne des offres des autres candidats²².

Cette obligation de rejet des offres anormalement basses repose sur l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par l'article 1^{er} du code des marchés publics²³. La motivation de la décision de rejet doit notamment permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement devant un juge le rejet qui lui a été opposé²⁴.

L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications du pouvoir adjudicateur permet au pouvoir adjudicateur d'exclure l'offre du candidat²⁵.

3. Quels sont les risques à retenir une offre anormalement basse ?

Le pouvoir adjudicateur est libre d'apprécier les justifications fournies et de considérer que l'offre suspectée originellement d'être anormalement basse, est finalement celle qui est économiquement la plus avantageuse. Retenir une offre anormalement basse fait peser un risque sur les deniers publics, si les motifs de la différence de prix n'ont pas été identifiés, du fait d'une mauvaise exécution possible du marché.

3.1. Risques opérationnels

L'acheteur public qui décide de retenir une offre anormalement basse, risque d'être confronté à plusieurs situations de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

20. CJUE, C-285/99, précité.

21. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux (art. 55 CMP).

22. CE, 15 octobre 2014, *Communauté urbaine de Lille*, n° 378434.

23. TA Lille, 25 janvier 2011, n° 0800408, précité.

24. CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, précité.

25. CAA Bordeaux, 17 novembre 2009, *SICTOM Nord*, n°08BX01571.

3.1.1. Risque financier

Le prix proposé est sous-estimé au vu des prestations décrites dans le cahier des charges. Le titulaire présentera en cours d'exécution, des demandes de rémunération complémentaires que l'acheteur public sera contraint d'accepter, sous peine de voir interrompre l'exécution des prestations. Ainsi, l'offre qui paraissait financièrement intéressante, s'avère, au final, plus coûteuse et la conclusion d'avenants risque de bouleverser l'économie du marché et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

3.1.2. Risque de défaillance

L'entreprise, en difficulté financière, présente une offre de prix très basse afin de remporter le marché. Cette stratégie ne lui permet pas d'assumer l'exécution des prestations et conduit à la résiliation du contrat. Le pouvoir adjudicateur doit alors gérer la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier...) et relancer une procédure pour la passation d'un marché de substitution.

3.1.3. Risque de qualité

Le prix ne correspondant pas à la réalité économique des prestations demandées, les prestations exécutées seront de mauvaise qualité et ne rempliront pas les exigences techniques du cahier des charges. Les délais peuvent être dépassés et les conditions de sécurité non respectées. Les conséquences seront d'autant plus gênantes sur des chantiers allotés (planning bouleversé, répercussions sur les autres intervenants).

3.1.4. Risque de travail dissimulé²⁶

Afin de compenser le prix bas de son offre, le titulaire a recours, dans des conditions illégales, à la sous-traitance ou à l'emploi de salariés insuffisamment déclarés.

Le pouvoir adjudicateur doit donc porter la plus grande attention à l'analyse des justifications et explications fournies par les soumissionnaires et apprécier, au cas par cas, les risques encourus.

3.2. Risques juridiques

- Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait le pouvoir adjudicateur du caractère anormalement bas d'une offre, qu'il soit saisi du refus du pouvoir adjudicateur de rejeter une telle offre ou au contraire de la décision de ce dernier d'écarter une offre pour ce motif. Ce n'est que si cette appréciation est manifestement erronée qu'elle sera sanctionnée. Le juge s'en tient donc à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁷.

Il en est de même lorsque le pouvoir adjudicateur omet de mettre en œuvre la procédure contradictoire de l'article 55 du CMP alors que les offres présentaient manifestement un caractère anormalement bas. Un tribunal, saisi par un candidat évincé, a considéré

26. Une fiche technique sur le dispositif de lutte contre le travail dissimulé est disponible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-et-lutte-contre-travail-dissimule.pdf.

27. CE, 15 avril 1996, *Commune de Poindimie*, précité ; CE, 1^{er} mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, précité ; CE, 29 janvier 2003, *Département d'Ille-et-Vilaine*, n° 208096 ; CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, n° 371233.



dans cette situation que le pouvoir adjudicateur avait méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics²⁸.

- Le juge exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure. Le pouvoir adjudicateur est tenu de suivre les étapes décrites par l'article 55 du CMP. S'il omet de demander des précisions à l'auteur de l'offre et la rejette, la décision d'attribuer le marché à un autre candidat est irrégulière²⁹. L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché³⁰.

28. TA Cergy-Pontoise, ord., 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716.

29. *CE Ass.*, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n°163328.

30. CAA de Nancy, 7 novembre 2013, *Société TST-Robotics*, n° 12NC01498.

FICHE 26

Marchés publics et dispositif de lutte contre le travail dissimulé

Préalablement à la conclusion des marchés dont le montant est égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes¹, le pouvoir adjudicateur doit, outre la vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat pressenti², vérifier qu'il respecte les règles applicables en matière de lutte contre le travail dissimulé.

La lutte contre le travail dissimulé, tel qu'organisée par le code du travail et rappelée par les textes relatifs à la commande publique³, comporte trois dispositifs.

Elle prévoit une obligation du donneur d'ordre de *vérifier la régularité* de la situation de son titulaire pressenti avant la signature du contrat. Cette obligation est complétée par une *obligation de vigilance* : il s'agit de vérifier que le cocontractant demeure en règle pendant l'exécution du contrat. En cas d'irrégularité, un *dispositif d'alerte* permet de rappeler le cocontractant à l'ordre, et, pour les donneurs d'ordre qui sont des personnes morales de droit public, de le sanctionner.

I. Une obligation de vérification, avant signature du contrat, pèse sur le donneur d'ordre.

Avant la signature du contrat (art. L. 8222-1 du code du travail), à compter du seuil de 5 000 euros hors taxes (art. R. 8222-1 du code du travail), le donneur d'ordre (personne morale de droit public et personne physique ou morale de droit privé), est tenu de solliciter la production des pièces établissant que son futur cocontractant s'acquitte des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3⁴ et L. 8221-5⁵ du code du travail relatives au travail dissimulé respectivement par dissimulation d'activité et dissimulation d'emploi salarié.

Concrètement, le donneur d'ordre doit se faire remettre les pièces prévues par les articles D. 8222-4 et D. 8222-5 du code du travail pour le cocontractant établi en France

1. L'article 13 du décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal relève le seuil de 3 000 à 5 000 € et précise qu'il s'agit d'un montant hors taxes.

2. Cf. article 46 I 2° du code des marchés publics, article 18 I 2° du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 (pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, article 19 I 2° du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 (entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005).

3. Cf. article 46 I 1° du code des marchés publics, article 18 I 1° du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 (pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, article 19 I 1° du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 (entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005).

4. Immatriculation au répertoire des métiers ou au registre des entreprises ou au registre du commerce et des sociétés, lorsque cela est obligatoire, et déclaration aux organismes de protection sociale et à l'administration fiscale.

5. Déclaration préalable à l'embauche, délivrance d'un bulletin de paie, déclaration auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci.

et D. 8222-6 à D. 8222-8 pour celui établi à l'étranger ; ces documents sont mentionnés dans le formulaire « NOT11 – Information au candidat retenu ». En particulier, le cocontractant établi en France doit justifier qu'il est à jour de ses obligations de déclaration et de paiement auprès des organismes de recouvrement que sont les URSSAF, les caisses générales de sécurité sociale, les caisses d'allocations familiales et les caisses de mutualité sociale agricole, dans les conditions de l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale⁶. Depuis le 1^{er} janvier 2012, le donneur d'ordre est tenu de s'assurer de l'authenticité de cette attestation auprès de l'organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale (art. D. 8222-5 et D. 8222-7 du code du travail).

A défaut de ces vérifications préalables, si son cocontractant s'avère avoir recours au travail dissimulé, le donneur d'ordre sera reconnu solidairement responsable des sommes dues par le contrevenant, en application de l'article L. 8222-2 du code du travail⁷.

2. Cette obligation est complétée par un dispositif de vigilance et un dispositif d'alerte, en cours d'exécution du contrat

En cours d'exécution du contrat, les obligations pesant sur le donneur d'ordre sont de deux natures :

– **un dispositif de vigilance** (art. L. 8222-1 du code du travail) :

- le donneur d'ordre demande à son cocontractant, tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, les mêmes pièces que celles exigées avant la signature du contrat (v. point 1.)
- à défaut, il est solidairement responsable des sommes dues par le contrevenant en application de l'article L. 8222-2 du code du travail.

– **un dispositif d'alerte** (art. L. 8222-5 pour les maîtres de l'ouvrage ou donneurs d'ordre de droit privé et art. L. 8222-6 pour les maîtres de l'ouvrage ou donneurs d'ordre personnes morales de droit public), qui fonctionne comme suit :

• **Que le donneur d'ordre soit privé ou public :**

- un agent de contrôle informe par écrit le donneur d'ordre que son cocontractant ne respecte pas ses obligations au regard de la réglementation sur le travail dissimulé ;
- le donneur d'ordre est tenu de réagir en enjoignant aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai cette situation ;
- à défaut d'avoir mis en demeure son cocontractant de régulariser sa situation, le donneur d'ordre encourt la responsabilité solidaire de l'article L. 8222-2 du code du travail.

6. En d'autres termes qu'il s'est acquitté des cotisations et contributions dues à leur date d'exigibilité et, le cas échéant, a souscrit et respecte un plan d'apurement des cotisations et contributions restant dues ou conteste leur montant par recours contentieux, à l'exception des recours faisant suite à une verbalisation pour travail dissimulé.

7. Paiement des impôts, taxes, cotisations obligatoires, pénalités et majoration dus au Trésor ou aux organismes de protection sociale, remboursement des aides publiques éventuelles et paiement des rémunérations, indemnités et charges au salarié.



- **Lorsque le donneur d'ordre est une personne morale de droit public**, il est soumis à des obligations supplémentaires :
 - il doit informer l'agent auteur du signalement des suites données par l'entreprise à son injonction ;
 - si le cocontractant n'a pas apporté la preuve de la régularisation de sa situation dans un délai de deux mois, le donneur d'ordre peut rompre le contrat, sans indemnités, aux frais et risques de l'entrepreneur ;
 - le donneur d'ordre encourt la responsabilité solidaire de l'article L. 8222-2 du code du travail dans deux hypothèses supplémentaires :
 - lorsqu'il n'a pas transmis, à l'agent auteur du signalement, la réponse de son cocontractant à la mise en demeure ;
 - lorsque le contrat se poursuit sans que l'entreprise n'ait apporté la preuve de la mise en conformité de sa situation, dans un délai de six mois après la mise en demeure.

FICHE 27**L'information des candidats évincés**

L'information des candidats non retenus à l'issue d'une procédure de marché public constitue une formalité essentielle d'achèvement de la procédure, tant en vertu du principe de transparence rappelé à l'article 1^{er} du code des marchés publics, qu'au regard de ses effets sur les voies de recours ouvertes à ses destinataires contre la procédure ou contre le contrat lui-même.

Les obligations qui s'imposent aux acheteurs publics en la matière ont été renforcées avec la transposition de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, dite directive « Recours ».

Le code des marchés publics prévoit deux types d'information :

- l'information immédiate des candidats, dès que l'acheteur public a fait son choix sur une candidature ou une offre (art. 80) ;
- l'information à la demande des entreprises ayant participé à la consultation (art. 83).

I. L'information immédiate**I.1. Champ d'application de l'obligation d'information immédiate (article 80)**

L'obligation d'information immédiate des candidats évincés pèse sur tous les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, à l'exception de ceux qui ont été passés selon une procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence, en application du II de l'article 35. Cette obligation d'information des candidats évincés s'impose également aux marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, en vertu de l'article 78-II-3^o du code, et aux marchés subséquents à un accord-cadre passé selon une procédure formalisée.

En revanche, cette obligation ne s'impose pas aux marchés passés selon une procédure adaptée¹. L'acheteur public peut toujours néanmoins se soumettre volontairement à cette formalité.

L'information des candidats évincés en procédure adaptée ou à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable ne permet pas cependant au pouvoir adjudicateur de fermer la voie du référé contractuel. Seule la publication au JOUE d'un avis d'intention de conclure et le respect d'un délai de 11 jours avant la signature du marché permet de bénéficier des dispositions de l'article L. 551-15 du code de justice administrative.

1. CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435 ; CE, 11 décembre 2013, *Société antillaise de sécurité*, n° 372214.

I.2. L'information des candidats évincés doit être rapide, mais pas précipitée

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à l'information des entreprises non retenues, « *dès qu'il fait son choix pour une candidature ou une offre* ».

L'acheteur public doit donc informer, à l'issue de l'examen des candidatures, toutes les entreprises dont la candidature a été écartée, en indiquant les motifs de ce rejet sans attendre la fin de la procédure.

Ensuite, lorsque l'acheteur public a choisi le candidat attributaire du marché, il notifie aux autres candidats admis à présenter une offre le rejet de celle-ci et les motifs de ce rejet. Cette notification a pour effet de délier les entreprises de leur engagement, y compris lorsqu'elle a été envoyée par erreur². Aussi, cette information ne doit-elle intervenir qu'après que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché a produit les documents mentionnés à l'article 46 du code. Cette sécurité permet, en cas de défaut de production de ceux-ci par l'attributaire, de solliciter le candidat classé en deuxième position. En effet, si celui-ci avait déjà reçu notification du rejet de son offre, il ne serait plus lié par son offre.

L'information des candidats s'impose également, dans les plus brefs délais, lorsque l'acheteur public décide de déclarer la procédure sans suite. Cette décision doit être motivée (CMP, art. 80-II).

I.3. Le contenu de l'information des candidats non retenus

I.3.1. Les motifs de la décision de rejet ou d'abandon de la procédure

Quel que soit l'objet de la notification (rejet des candidatures, rejet des offres ou abandon de la procédure), celle-ci doit mentionner les motifs détaillés de la décision.

Alors que le code des marchés publics, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, permettait de ne communiquer à ce stade qu'un exposé synthétique des motifs de la décision et de n'indiquer les motifs détaillés que si les entreprises le demandaient, la rédaction du code impose de communiquer les motifs détaillés, dès le stade de l'information immédiate. En effet, depuis cette date, lorsque l'acheteur public a procédé à l'information des candidats en application de l'article 80, il est dispensé de procéder à de nouvelles mesures d'information à la demande des entreprises au titre de l'article 83 (v. point 2.1) sous réserve d'avoir fourni les éléments suffisants.

I.3.2. Le nom de l'attributaire et les motifs de ce choix

Lorsqu'elle a lieu à l'issue de la procédure, la notification doit également préciser le nom de l'attributaire du marché et les motifs qui ont conduit au choix de son offre.

La lettre de rejet doit ainsi détailler les raisons qui ont conduit l'acheteur public à choisir l'offre de l'attributaire. Le Conseil d'Etat a toutefois considéré qu'était suffisante la communication des notes et du classement de l'intéressé ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par celui-ci³.

2. CE, 31 mai 2010, *Société Cassan*, n°315851.

3. CE, 19 avril 2013, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 365617 ; CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, n° 363342.



La motivation du choix de l'offre retenue doit permettre au candidat évincé de comprendre pourquoi son offre a été considérée comme économiquement moins avantageuse que celle sélectionnée et, s'il le souhaite, d'exercer utilement un recours contre la décision de rejet.

1.3.3. La durée du délai minimal de suspension de la signature du marché

Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, sauf pour les marchés négociés sans publicité, ni mise en concurrence, la signature du marché ne peut intervenir avant l'expiration d'un délai de 16 jours, à compter de la date de la notification de rejet et d'attribution (11 jours en cas de notification par voie électronique).

Ce délai de computation s'opère de date à date, c'est-à-dire du jour d'envoi de la décision de rejet jusqu'au dernier jour du délai inclus. Ainsi, l'envoi de la notification de rejet d'une offre le 28 décembre 2010 entraîne l'expiration du délai de suspension le 12 janvier au soir ; le pouvoir adjudicateur peut régulièrement signer le contrat dès le 13 janvier 2011⁴.

Ce délai de suspension (ou de « *standstill* ») a pour objet de permettre aux candidats évincés d'exercer le référé précontractuel, prévu aux articles L.551-1 et suivants du CJA.

Le respect de ce délai ne s'impose pas dans le cas où le marché est attribué au seul candidat ayant participé à la consultation. Les marchés subséquents à un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique sont également dispensés du respect du délai de suspension de signature (CMP, art 80-I-2°).

L'article 80 précise que la notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre doit comporter l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose. Pour satisfaire à son obligation, le pouvoir adjudicateur ne peut se contenter uniquement de rappeler le délai minimum prévu par l'article 80⁵. Si la notification adressée aux candidats évincés n'indique pas le délai de suspension, le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effet le contrat en l'annulant ou le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat⁶. En effet, en l'absence d'indication du délai de suspension qu'il s'impose, le pouvoir adjudicateur ne peut le respecter. Pour un marché signé deux jours après l'envoi aux candidats de la notification du rejet de leur offre sans mention du délai de suspension, le juge administratif a ainsi infligé une pénalité financière de 10 000 euros⁷.

1.3.4. Les voies et délais de recours

Depuis la décision *Tarn et Garonne* du Conseil d'Etat⁸, « *tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* ».

4. CE, 2 août 2011, *Société Clean Garden*, n°347526.

5. En effet, dès lors que le délai prévu à l'article 80 n'est qu'un minimum, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans la notification le délai de suspension qu'il entend s'imposer. CE, 15 février 2013, *Société SFR*, n° 363854.

6. Dans son arrêt n° 366153, *Société Bancel*, du 3 décembre 2014, le Conseil d'Etat a précisé que « *les vices tenant tant à l'absence de mention de ces voies et délais de recours qu'au non-respect de ce délai de suspension n'affectent pas la validité du contrat et ne sauraient, en conséquence, justifier son annulation ou sa résiliation* ».

7. CE, 30 novembre 2011, *DPM Protection*, n°350788.

8. CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, n°358994.

L'indication des voies et délais de recours dans la notification des candidats évincés est sans incidence sur la recevabilité de ce recours direct dans la mesure où seul l'avis d'attribution permet de faire courir le délai de deux mois au cours duquel il est possible de contester la validité du contrat devant le juge administratif.

Par ailleurs, si le Conseil d'Etat avait admis dans la décision *Tropic*⁹ que le recours contre les actes détachables restait possible avant la signature du contrat, la décision *Tarn et Garonne* a mis fin à cette possibilité. La mention des voies et délais de recours dans la notification aux candidats évincés est donc désormais inutile.

Elle demeure cependant nécessaire pour les notifications d'abandon de la procédure, qui, en l'absence de contrat, peuvent toujours faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Enfin, des référés précontractuel et contractuel peuvent être introduits à l'encontre de la procédure ou du contrat. Ces recours n'étant pas dirigés contre la décision de rejet, il n'y a toutefois pas lieu de les indiquer dans la lettre de notification.

Les différentes voies de recours et les délais y afférents figurent, en toute hypothèse, dans les avis de publicité (avis d'appel public à la concurrence, avis d'intention de conclure et avis d'attribution).

I.4. Les limites du contenu de l'information des candidats

Il est interdit aux acheteurs publics de communiquer des renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou à l'intérêt public ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques (article 80-III).

L'information des candidats évincés ne saurait, en effet, porter atteinte aux secrets protégés par la loi, notamment le secret de la vie privée ou le secret professionnel ainsi que le secret en matière commerciale et industrielle, qui, selon la Commission d'accès aux documents administratifs, couvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières et le secret des stratégies commerciales (voir à ce sujet la fiche sur la communication des documents administratifs en matière de commande publique).

Dans le cadre de l'information des candidats évincés, l'acheteur public peut toujours communiquer plus d'éléments que ceux imposés par le CMP. Une telle communication complète utilement l'information obligatoire, mais peut toutefois présenter un risque contentieux à prendre en compte.

I.5. Les modalités de notification

Le code des marchés publics n'impose aucun formalisme particulier. La notification des décisions de rejet et d'attribution peut être effectuée par voie postale ou par voie électronique. La notification par un moyen de transmission électronique, y compris par voie de télécopie¹⁰, permet de raccourcir de 16 à 11 jours le délai minimal de suspension de la signature.

La notification constitue le point de départ de ce délai. Les acheteurs publics doivent donc pouvoir démontrer que celle-ci a bien été effectuée. A cette fin, il est recommandé de demander un accusé de réception ou d'effectuer la notification électronique *via* le profil d'acheteur, qui bénéficie d'une fonction sécurisée et horodatée de transmission de documents aux candidats.

9. CE Ass, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, n° 291545.

10. TA Strasbourg, 21 juillet 2010, *Société Energest*, n°1003146.



2. La réponse à la demande d'information des candidats écartés

2.1. Champ d'application de l'article 83 du code des marchés publics

Depuis le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, si le pouvoir adjudicateur a notifié, de façon complète, aux candidats évincés à la fois les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions – soit parce qu'il y était tenu, soit parce qu'il s'y est volontairement soumis –, il n'est pas tenu de communiquer à nouveau ces motifs ultérieurement.

L'article 83 du code des marchés publics s'applique aux procédures formalisées comme aux marchés passés selon une procédure adaptée¹¹. La communication, en réponse à une demande écrite du candidat évincé, des motifs du rejet de son offre, du nom de l'attributaire et des caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue permet au candidat de contester utilement son éviction devant le juge des référés précontractuels. Le pouvoir adjudicateur peut toujours communiquer à un candidat les motifs du rejet de son offre après la saisine du juge du référé précontractuel à la condition néanmoins que le délai laissé entre la communication de ces éléments et le moment où le juge statue soit suffisant¹².

2.2. La communication à tout candidat des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre

L'acheteur public, s'il ne l'a pas déjà fait, est tenu de communiquer à tout candidat qui en fait la demande par écrit les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment, avant comme après la signature du marché.

Les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé¹³.

2.3. La communication à certains candidats d'informations relatives à l'offre retenue

L'acheteur public doit également communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, 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 lorsque ceux-ci en font la demande. A ce titre, il ne peut refuser de communiquer les éléments relatifs à l'offre retenue tels que le prix, les notes obtenues au titre des « sous-critères », ou encore les délais d'exécution¹⁴.

En revanche, l'acheteur public ne peut en aucun cas communiquer des informations dont la divulgation porterait atteinte à un secret protégé par la loi, à l'intérêt public ou à la concurrence loyale entre les entreprises.

11. CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n°363656.

12. TA Melun, 27 décembre 2013, *Sté Apave Parisienne*, n° 1310331/2 ; CE, 19 décembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

13. CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n°324156.

14. CE, 11 mars 2013, *min. de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827 ; CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

3. Sanction du défaut d'information

L'information des candidats évincés constitue une obligation de publicité et de mise en concurrence dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par le juge des référés précontractuel et contractuel¹⁵. Notamment, le juge des référés précontractuels peut enjoindre au pouvoir adjudicateur de procéder à la communication des informations demandées dans un délai qu'il détermine¹⁶.

Toutefois, ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser¹⁷. Tel est le cas lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre¹⁸.

En revanche, ce manquement n'est pas constitué, si les motifs détaillés de ce rejet ont été communiqués au candidat évincé, à la date à laquelle le juge des référés statue, lui permettant de contester utilement son éviction¹⁹, ou si les informations demandées sont étrangères aux caractéristiques de l'offre retenue²⁰.

15. CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, n° 253509.

16. CE, 11 mars 2013, *min. de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827 ; CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

17. CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420.

18. CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix en Provence*, n° 314610.

19. CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon*, n° 321217.

20. CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.



FICHE **28****La communication des documents administratifs en matière de commande publique**

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public pose le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs. L'administration doit communiquer les documents concernés par la loi, parmi lesquels figurent les documents relatifs aux marchés publics.

Le respect du principe de l'accès aux documents administratifs est placé sous la surveillance de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Cette autorité administrative indépendante émet des avis lorsqu'elle est saisie par une personne qui s'est heurtée à un refus de communication et donne des conseils à la demande d'autorités publiques désireuses d'être éclairées sur le sens et la portée de leurs obligations.

En matière de communication des documents administratifs, la CADA n'a pas de pouvoir d'injonction. Elle dispose d'un pouvoir de sanction, depuis l'ordonnance du 6 juin 2005 et le décret du 30 décembre 2005, limité aux cas dans lesquels elle est saisie, en application de l'article 22 de la loi de 1978, de faits susceptibles de constituer une infraction au régime de la réutilisation des informations publiques.

La saisine de la CADA est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux contre un refus de communication.

Par ses avis et conseils, la CADA a développé une « doctrine » sur l'accès aux différents documents susceptibles d'intervenir dans le cadre de la passation, la conclusion et l'exécution des marchés publics, qui s'est enrichie depuis 2005. L'arrivée d'un représentant de l'Autorité de la concurrence au sein de la commission¹ a notamment permis une prise en compte accrue de l'impératif du respect de la libre concurrence, protégée par le droit communautaire et le droit national.

Cette « doctrine » couvre la plupart des pièces ayant trait aux marchés publics. Elle résulte cependant d'avis et conseils épars, car la CADA porte une appréciation au cas par cas dans les affaires qui lui sont soumises².

I. Principes généraux

I.1. Champ d'application

La quasi-totalité des documents élaborés ou détenus par les « administrations » au sens de l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 (l'Etat, les collectivités territoriales, ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public) ont, de ce fait même, un caractère administratif au sens de cette loi.

1. La composition de la CADA a été modifiée par l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005.

2. Voir l'article du CJFJ n° 51 « Secret des affaires et marchés publics : la communication des documents de marchés ».

De tels documents, liés à l'exercice par ces personnes publiques de leurs missions de service public, sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande³.

Revêtent ainsi un caractère administratif, au sens de la loi de 1978, les marchés publics et les documents qui s'y rapportent⁴, ainsi que les marchés conclus par les organismes de sécurité sociale pour le compte d'une personne publique ou pour l'exécution même d'un service public administratif⁵.

Il en va de même des contrats de délégation de service public et des documents qui s'y rapportent⁶, notamment les contrats de concession de service public⁷, des marchés passés par le concessionnaire dans le cadre de sa mission de service public⁸ et du contrat conclu entre le concessionnaire de service public et son sous-traitant, s'il a directement pour objet la réalisation du service public ou des prestations objet de la concession⁹. Les documents relatifs aux contrats de partenariat ont également un caractère administratif¹⁰.

Constituent également des documents administratifs soumis à la loi de 1978 :

- les documents contractuels, produits, reçus ou détenus par une personne morale, de droit public ou privé, chargée d'une mission de service public s'ils présentent un lien suffisamment direct avec leur mission de service public¹¹ ou s'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun¹² ;
- les contrats d'occupation du domaine public et tous les documents qui s'y rapportent¹³ ;
- les documents relatifs à un contrat d'emprunt public¹⁴ ;
- le bail emphytéotique administratif qui se rattache directement à l'exécution d'une mission de service public¹⁵ ;
- les concessions d'aménagement et l'ensemble des documents qui se rapportent à leur attribution¹⁶ ;
- les documents se rapportant à une procédure d'appel à projet¹⁷ ;
- les contrats conclus par une juridiction judiciaire, qui ne revêtent pas, de ce seul fait, un caractère judiciaire¹⁸ ;
- le marché de droit privé, et les pièces qui s'y rapportent, passé, pour le compte d'une personne privée, par une personne publique agissant dans le cadre des missions de service public qui lui sont dévolues et eu égard à l'intérêt public de l'ouvrage en cause¹⁹.

3. CE, Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168 ; CE, 23 juillet 2010, *Office national des forêts c/ M. de la Gravière*, n° 321138 ; CADA, avis n° 20134647 du 13 mars 2014.

4. CADA, avis n° 20062949 du 11 juillet 2006, n° 20090412 du 12 février 2009 et n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n° 20073686 du 27 septembre 2007, n° 20091745 du 14 mai 2009, et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

5. CADA, avis n° 20102070 du 3 juin 2010.

6. CADA, conseil n° 20114788 du 15 décembre 2011.

7. CADA, avis n° 20101578 du 22 avril 2010.

8. CADA, avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.

9. CADA, avis n° 20101578 du 22 avril 2010.

10. CADA, avis n° 20111735 du 28 avril 2011 ; conseil n° 20110317 du 3 mars 2011.

11. CADA, avis n° 20124919 du 10 janvier 2013, n° 20131911 du 6 juin 2013 et n° 20141034 du 10 avril 2014.

12. CADA, avis n° 20124947 du 24 janvier 2013.

13. CADA, conseil n° 20103361 du 16 septembre 2010.

14. CADA, avis n° 20103860 du 23 septembre 2010 et conseil n° 20110928 du 3 mars 2011.

15. CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.

16. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012. En revanche, les documents produits, reçus ou détenus par un opérateur privé concessionnaire d'aménagement dans la gestion de sa concession ne constituent des documents administratifs que si cet opérateur a la qualité de personne privée chargée d'une mission de service public, qualité qui ne saurait résulter de sa seule qualité de titulaire d'une concession d'aménagement : CADA, avis n° 20122204 du 21 juin 2012.

17. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

18. CADA, avis n° 20111461 du 31 mars 2011.

19. CADA, conseil n° 20141784 du 19 juin 2014.



N'ont pas le caractère administratif, au sens de la loi du 17 juillet 1978, les documents relatifs aux marchés passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) ou par des organismes privés chargés d'une mission de service public, lorsqu'ils sont sans lien avec l'organisation ou l'exécution de la mission de service public dévolue à ces entités. Tel est le cas, par exemple, des contrats passés par la SNCF, ayant pour objet, notamment, la fabrication et la distribution des tenues des agents des gares²⁰, ou encore la gestion de déchets industriels banals sur différents sites²¹. Il en va de même d'un marché passé par l'Agence nationale des déchets radioactifs (ANDRA), qui pour a pour objet le gardiennage d'un laboratoire de recherche²², et des contrats qui ont trait aux relations contractuelles qu'un EPIC entretient avec ses clients ou des contrats relatifs à la gestion des agents de l'établissement, autres que le directeur et le comptable²³. Les marchés passés par un organisme privé chargé d'une mission de service public avec une association ne sont pas soumis à la loi de 1978 s'ils ne peuvent se rattacher directement à l'exécution de la mission de service public confiée à cette association²⁴.

Sont également dépourvus de caractère administratif, au sens de la loi de 1978, les marchés passés par une société d'économie mixte lorsqu'ils sont sans rapport avec le service public dont elle est en charge²⁵. La soumission d'un contrat aux règles de passation fixées par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 est sans incidence, en elle-même, sur le caractère administratif des documents de ce contrat, et des documents relatifs à la procédure suivie pour le conclure²⁶.

La commission considère, en outre, qu'un marché passé entre une société d'autoroutes et une autre société de droit privé, non soumis au code des marchés publics, qui ne comporte pas de clause exorbitante du droit commun et n'a pas pour objet de faire participer le co-contractant à une mission de service public, ne constitue pas un document administratif²⁷.

I.2. Conditions relatives aux documents communicables

I.2.1. Documents achevés et documents préparatoires

Aux termes de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, « *le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Il ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration* ».

En matière de marchés publics, les documents relatifs à la procédure de passation du contrat sont considérés comme préparatoires, aussi longtemps que la procédure n'est pas close, c'est-à-dire tant que le marché n'est pas signé ou que la procédure n'a pas été abandonnée²⁸. Pour la CADA, les documents ne deviennent pas communicables dès l'attribution du marché, mais seulement après que le marché a été signé²⁹. Une fois le marché signé, la communication à un candidat évincé des motifs de rejet de son offre ne permet pas de refuser la communication de ce marché et des documents qui s'y rap-

20. CADA, avis n° 20090372 du 29 janvier 2009.

21. CADA, avis n° 20082215 du 3 juillet 2008.

22. CADA, avis n° 20082626 du 3 juillet 2008.

23. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010.

24. CADA, avis n° 20112185 du 26 mai 2011.

25. CADA, avis n° 20090511 du 12 février 2009 et n° 20104082 du 4 novembre 2010 ; conseil n° 20110997 du 17 février 2011.

26. CADA, conseil n° 20770997 du 17 février 2011.

27. CADA, avis n° 20082814 du 24 juillet 2008.

28. CADA, avis n° 20033960 du 9 octobre 2003, n° 20040857 du 19 février 2004, n° 20090624 du 26 février 2009 et n° 20111461 du 31 mars 2011 ; conseil n° 20114251 du 3 novembre 2011.

29. CADA, conseils n° 20023233 du 22 août 2002 et n° 20065427 du 21 décembre 2006.

portent³⁰. La commission a également eu l'occasion de préciser que la résiliation d'un contrat du fait de la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise attributaire n'avait pas pour effet de conférer un caractère préparatoire à ce contrat ni aux documents s'y rapportant³¹.

Avant la signature, seuls sont communicables les documents qui se rattachent à une phase de la procédure que la CADA estime pouvoir isoler des opérations d'attribution proprement dites du marché, tels que la délibération décidant de lancer l'appel d'offres, l'appel à candidature ou le règlement de la consultation. En revanche, les autres documents tels que les procès-verbaux d'ouverture des plis, les dossiers de candidatures, le rapport d'analyse des offres, revêtent un caractère préparatoire et ne peuvent être communiqués à des tiers³².

Les mêmes solutions sont transposables aux contrats de délégation de service public et aux documents qui s'y rapportent³³, notamment aux contrats de concession de service public³⁴, aux contrats de partenariat³⁵, ainsi qu'aux concessions d'aménagement³⁶. Tant que le bail emphytéotique administratif n'a pas été signé, l'ensemble des documents y afférents conservent un caractère préparatoire³⁷. Les documents se rapportant à la procédure d'un appel à projet prévu par le code de l'action sociale et des familles (article L. 313-1-1) sont également communicables, une fois l'autorisation délivrée par l'autorité compétente ou lorsque celle-ci a manifestement renoncé à mener à bien la procédure³⁸.

Pour les contrats de partenariat, le programme fonctionnel transmis à l'ensemble des candidats en début de procédure est communicable dès son achèvement, mais le pré-contrat soumis à un nombre restreint de candidats revêt un caractère inachevé³⁹.

En cas d'allotissement⁴⁰, les documents relatifs à la procédure de passation d'un lot sont communicables dès la conclusion de ce lot, indépendamment de la situation d'avancement des autres lots du marché⁴¹. Toutefois, si les prestations relevant du lot dont la procédure est achevée présente de telles analogies avec les prestations d'autres lots en cours de passation que la communication des éléments relatifs à ce lot porterait atteinte au jeu normal de la concurrence entre les candidats à l'attribution de ces autres lots, la communication des documents doit être repoussée à l'achèvement de la procédure conduite ou reprise pour ces lots.

Lorsque la procédure est relancée après une déclaration de procédure infructueuse ou une décision de ne pas donner suite, seule cette décision est immédiatement communicable. Les autres documents ne sont communicables qu'à l'issue de la nouvelle procédure⁴². La commission adopte la même analyse, lorsque la procédure de passation du marché a été suspendue ou annulée par le juge. Dans ce cas, l'ensemble des documents conserve un

30. CADA, avis n° 20062949 du 11 juillet 2006 ; conseils n° 20090984 du 2 avril 2009 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

31. CADA, conseil n° 20132119 du 23 mai 2013.

32. CADA, conseil n° 20072665 du 5 juillet 2007.

33. CADA, conseils n° 20063184 du 27 juillet 2006 et n° 20114788 du 15 décembre 2011.

34. CADA, avis n° 20101578 du 22 avril 2010 et n° 20114972 du 22 décembre 2011.

35. CADA, avis n° 20111735 du 28 avril 2011 ; conseil n° 20110317 du 3 mars 2011 et n° 20113036 du 22 septembre 2011.

36. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

37. CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.

38. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

39. CADA, conseil n° 20110317 du 3 mars 2011.

40. Article 10 du code des marchés publics.

41. CADA, avis n° 20123521 du 11 octobre 2012.

42. CADA, avis n° 20040857 du 19 février 2004.



caractère préparatoire jusqu'à la signature du contrat à l'issue de la nouvelle procédure, à moins que le pouvoir adjudicateur renonce à passer le marché⁴³.

En outre, la CADA estime que la signature d'un accord-cadre multi-attributaire ne vaut pas attribution du marché et ne met pas fin à la concurrence entre les entreprises retenues. Les prix proposés par les différents attributaires ne peuvent être communiqués ni aux tiers ni aux autres attributaires pendant toute la durée de l'accord-cadre⁴⁴. Il en va différemment si l'accord-cadre est attribué à un seul opérateur économique⁴⁵. Dans cette hypothèse, l'attribution des marchés subséquents ne doit être précédée d'aucune procédure de publicité ou de mise en concurrence, la signature d'un accord-cadre mono-attributaire mettant fin à la mise en concurrence. Ainsi, dès la conclusion d'un accord-cadre mono-attributaire, tous les documents qui s'y rapportent deviennent communicables, dans le respect des secrets protégés par la loi.

Enfin, pour le cas où les pièces d'un dossier de passation d'un marché comporteraient des informations relatives à l'environnement, il convient de préciser que, selon sa doctrine, si le II de l'article L. 124-4 du code de l'environnement permet de rejeter une demande portant sur des documents en cours d'élaboration, en revanche, aucune disposition ne prévoit la possibilité de refuser l'accès aux documents qui s'inscrivent dans un processus préparatoire à l'adoption d'un acte qui n'est pas encore intervenu, dès lors que ces documents sont eux-mêmes achevés et que la demande est formulée dans le cadre de la recherche d'informations relatives à l'environnement⁴⁶. Par conséquent, de telles informations (par exemple, les incidences potentielles de chaque offre sur l'environnement) devraient être communiquées avant même la signature du marché, sous les réserves prévues par l'article L. 124-4 et le II de l'article L. 125-5 de ce code. Ces dispositions permettent, en effet, de refuser la communication d'informations dans le cas où cette communication porterait atteinte à l'un des intérêts mentionnés au 2° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, à l'exception de ceux visés à ses e et h, et au II de l'article 6 de la même loi, ou s'agissant d'informations relatives à des émissions dans l'environnement au II de l'article L. 124-5 du code de l'environnement⁴⁷. Sous réserve de ces observations, les informations en matière environnementale, au sens de l'article L. 124-1 du même code, sont communicables dans les conditions fixées par la loi du 17 juillet 1978.

1.2.2. Documents n'ayant pas fait l'objet d'une diffusion publique

L'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 dispose également que « *le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique* ». Par conséquent, la communication suppose l'absence de diffusion publique⁴⁸.

Constituent une diffusion publique :

- la publication dans un *Journal officiel*⁴⁹ (par exemple la publication d'un avis de marché au JOUE) ;
- la diffusion sur un site internet, à condition que l'adresse du site soit facile à trouver⁵⁰ ;

43. CADA, avis n° 20080901 du 21 février 2008, n° 20082308 du 19 juin 2008, n° 20090412 du 12 février 2009 et n° 20111461 du 31 mars 2011.

44. CADA, conseil n° 20074583 du 22 novembre 2007.

45. CADA, avis n° 20123521 du 11 octobre 2012.

46. CADA, avis n° 20090489 du 12 février 2009.

47. CADA, avis n° 20122116 du 7 juin 2012.

48. CE, Sect., 17 janvier 1986, *Ministre Economie et Finances c/ SA Dumons*, n°62282.

49. CADA, avis n° 20012061 du 14 juin 2001.

50. CADA, avis n° 20073254 du 13 septembre 2007.

– la publication au BOAMP dès lors que ses annonces sont diffusées sur le site internet de la Direction de l'information légale et administrative (DILA)⁵¹.

En revanche, ne constituent pas une diffusion publique :

– l'affichage⁵² ;

– la diffusion dans la presse nationale ou locale⁵³.

Dans ces derniers cas, par conséquent, la demande de communication doit être satisfaite.

1.3. Les secrets faisant obstacle à la communication

Depuis la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 qui a supprimé la notion d'information nominative, l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée distingue entre les secrets absolus (art. 6-I) et les secrets relatifs (art. 6-II) s'opposant à la communication.

La circonstance qu'un document contienne des mentions couvertes par l'un de ces secrets ne fait pas obstacle à sa communication, si ces mentions peuvent en être matériellement disjointes, sans priver le document de sens, ni ôter tout intérêt à la communication, en vertu du III de l'article 6 de la loi de 1978. Il en va ainsi même si les éléments à occulter sont très nombreux⁵⁴.

1.3.1. Secrets absolus

Les secrets absolus valent à l'égard de tous. Ce sont, pour la plupart, des secrets édictés dans l'intérêt public : secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif, secret de la défense nationale, secret relatif à la conduite de la politique des relations extérieures de la France ou à la sûreté de l'Etat⁵⁵, secret relatif au déroulement des procédures engagées devant les juridictions⁵⁶, secret relatif à la recherche des infractions fiscales et douanières⁵⁷ et, de façon générale, secrets protégés par la loi⁵⁸.

Pour un exemple de secret absolu en matière de marchés : la commission estime que la communication des éléments relatifs à l'offre retenue dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre pour la construction d'un hôtel de police serait susceptible de porter atteinte à la sécurité publique⁵⁹.

1.3.2. Secrets relatifs

Les secrets relatifs ne valent qu'à l'égard des tiers. Ce sont les secrets édictés pour protéger des intérêts privés.

51. *A contrario*, avis n° 20012061 du 14 juin 2001.

52. CADA, conseil n° 20052613 du 7 juillet 2005.

53. CADA, avis n° 20012061 du 14 juin 2001.

54. Conclusions de M. Toutée sous CE, Sect, 10 juillet 1992, *Ministre de l'agriculture c/ Touzan*, n° 120047.

55. CE, 10 novembre 2010, *Fédération française des télécommunications et des communications électroniques (FF-TCE)*, n° 327062.

56. CE, Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168.

57. CE, 26 mai 2010, *Mme Faria et société Faria*, n° 304621 ; CE, 4 mai 2011, *Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ M. Casanovas*, n° 328914.

58. CE, 29 juin 2011, *Mme Rouzaud*, n° 335072.

59. CADA, conseil n° 20073859 du 11 octobre 2007.



1.3.2.1. Secret de la vie privée, documents comportant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, ou faisant apparaître un comportement

Les nom et prénom des cocontractants d'un contrat administratif sont communicables⁶⁰. En revanche, porte atteinte au secret de la vie privée la communication des informations ou documents suivants :

- l'âge ou l'adresse d'une personne physique, les *curriculum vitae*, les coordonnées ou les attestations bancaires produites dans les dossiers de candidatures⁶¹ ;
- les déclarations de revenus, les salaires respectifs des employés de l'entreprise⁶² ;
- les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable⁶³ ;
- les documents faisant apparaître le comportement d'une personne physique, si la divulgation de ce comportement peut lui porter préjudice⁶⁴.

1.3.2.2. Secret en matière commerciale et industrielle

• La CADA distingue trois types de mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle⁶⁵ :

– *les mentions protégées par le secret des procédés* : il s'agit des informations qui permettent de connaître le savoir-faire, les techniques de fabrication telles que la description des matériels ou logiciels utilisés et du personnel employé ou le contenu des activités de recherche-développement des entreprises⁶⁶, dans la mesure où ces informations traduisent un savoir-faire propre qui pourrait être reproduit dans un autre marché⁶⁷. Ainsi, les mémoires techniques des entreprises qui se sont portées candidates à un marché ne sont pas communicables, dès lors que ces mémoires contiennent nombre d'informations couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle, notamment des mentions relatives aux moyens techniques dont dispose l'entreprise considérée⁶⁸.

Sont également exclues du droit à communication la certification de système qualité et les certificats de qualification⁶⁹, les modalités de prise en compte des contraintes environnementales⁷⁰ autres que celles qui sont relatives à des émissions dans l'environnement, ainsi que les informations relatives au dimensionnement ou au choix des technologies⁷¹ ;

– *les mentions protégées par le secret des informations économiques et financières* : entrent dans cette catégorie les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à ses capacités financières⁷² ou à l'état de son crédit, comme, par exemple, son chiffre d'affaires, ses documents comptables, ses effectifs et, généralement, toutes

60. CE Sect., 30 mars 1990, *Mme Degorge Boëtte*, n° 90237.

61. CADA, avis n° 20033429 du 28 août 2003 et conseil n° 20031928 du 15 mai 2003.

62. CADA, conseil n° 20004574 du 7 décembre 2000.

63. CE, 23 juillet 2010, *Office national des forêts c/ M. de la Gravière*, n° 321128 ; CADA, avis n° 20011892 du 17 mai 2001.

64. CADA, conseil n° 20042904 du 8 juillet 2004, à propos des courriers émanant d'acheteurs publics non satisfaits.

65. CADA, avis n° 20062458 du 15 juin 2006.

66. CADA, avis n° 20052295 du 9 juin 2005.

67. CADA, avis n° 20050529 du 3 février 2005.

68. CADA, avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.

69. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 et n° 20111461 du 31 mars 2011 ; conseil n° 20071714 du 22 novembre 2007.

70. CADA, avis n° 20062950 du 11 juillet 2006.

71. CADA, avis n° 20081426 du 3 avril 2008.

72. CADA, conseil n° 20132119 du 23 mai 2013.

les informations de nature à révéler son niveau d'activité⁷³. L'organigramme de la société est également couvert par ce secret⁷⁴.

Toutefois, lorsqu'en application d'un texte, le candidat retenu doit reprendre tout ou partie du personnel du précédent prestataire, la CADA estime que les données sur le nombre d'agents et la masse salariale correspondante, à l'exception de toutes données nominatives ou plus détaillée, doivent être communiquées⁷⁵ ;

Enfin, s'agissant des recettes d'exploitation d'un service public, la CADA a une interprétation restrictive du secret des informations économiques et financières⁷⁶ ;

– *les mentions protégées par le secret des stratégies commerciales* : sont ici visées des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que la liste des fournisseurs, le montant des remises consenties⁷⁷. Sont également protégées les mentions qui ont trait :

- à l'exposé de la stratégie technique et financière de la société⁷⁸ ;
- aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche⁷⁹ ;
- au plan de financement ou à l'actionnariat⁸⁰.

De même, sont protégées, dans certains cas particuliers, les mentions qui reflètent le montage juridico-financier et comptable que le cocontractant a imaginé et mis au point pour répondre au mieux aux besoins exprimés par la personne publique⁸¹.

• Les mentions couvertes par le secret des affaires ne sont, en principe, jamais communicables à des tiers, quelle que soit l'identité de l'entreprise à laquelle elles se rapportent. Elles doivent donc être occultées préalablement à la communication de tous les documents relatifs au marché.

Toutefois, l'atteinte au secret en matière commerciale et industrielle est appréciée différemment par la CADA, selon que les documents concernent l'entreprise retenue ou les entreprises non retenues.

– L'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue et les mentions qui s'y rapportent sont en effet communicables à toute personne qui en fait la demande, dans la mesure où elle reflète le coût de la prestation pour la collectivité⁸². Cette notion recouvre l'ensemble des documents relatifs à ses propositions de prix, qu'il s'agisse de son offre de prix global et du bordereau des prix unitaires ou du détail estimatif des prix⁸³. La solution est identique pour les délégations de service public⁸⁴, les appels à projet⁸⁵ et les concessions d'aménagement⁸⁶.

73. CADA, avis n° 20062458 du 15 juin 2006.

74. CADA, avis n° 20034301 du 6 novembre 2003.

75. CADA, conseil n° 20064843 du 11 janvier 2007 ; pour un contrat d'occupation du domaine public, conseil n° 20103361 du 16 septembre 2010.

76. CADA, avis n° 20104717 du 20 janvier 2011 et n° 20122241 du 26 juillet 2012.

77. CADA, conseil n° 20070002 du 11 janvier 2007, à propos du contrat d'assurance couvrant la flotte automobile d'une commune.

78. CADA, conseil n° 20084066 du 23 octobre 2008.

79. CADA, avis n° 20074761 du 6 décembre 2007.

80. CADA, avis n° 20070967 du 8 mars 2007.

81. Pour un contrat de partenariat, avis n° 20072630 du 8 novembre 2007, n° 20111735 du 28 avril 2011 et conseil n° 20113036 du 22 septembre 2011 ; pour une délégation de service public, avis n° 20081426 du 3 avril 2008.

82. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n° 20061255 du 16 mars 2006, n° 20090984 du 2 avril 2009 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

83. CADA, conseil n° 20064849 du 9 novembre 2006.

84. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

85. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

86. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.



– Lorsque l’attributaire du marché est une collectivité territoriale ou un établissement public local, les tiers sont fondés à demander communication de l’intégralité de ses documents budgétaires et comptables, y compris ceux qui se rattachent à sa candidature, sur la base des dispositions pertinentes du CGCT⁸⁷. Le secret en matière industrielle et commerciale n’est alors plus invocable et la communication se fait sans occultation préalable⁸⁸.

– A l’inverse, l’ensemble des mentions relatives au détail des prix proposés par les candidats non retenus, à l’exception de leur offre de prix globale, est couvert par le secret en matière commerciale et industrielle⁸⁹. De même, leurs notes et classement ne sont pas communicables aux tiers⁹⁰. Les mêmes règles s’appliquent pour les délégations de service public⁹¹, à un contrat d’emprunt public⁹², à un bail emphytéotique administratif⁹³, à une procédure d’appel à projet⁹⁴, ou aux concessions d’aménagement⁹⁵. Enfin une offre initiale ultérieurement rectifiée ou modifiée est assimilée à l’offre d’un candidat non retenu et son détail n’est donc pas communicable⁹⁶.

• En outre, dans certaines circonstances particulières, la communication de documents qui, à l’ordinaire, serait autorisée, peut être réduite, voire refusée dans un souci de garantir le respect de la libre concurrence.

– *La CADA prend en compte les particularités de certains marchés*, notamment leur mode de passation, leur nature et leur mode d’exécution. Il en est ainsi des accords-cadres multi-attributaires. Selon la commission, il ressort en effet des dispositions des articles 1^{er} et 76 du code des marchés publics que la signature d’un accord-cadre retenant plusieurs entreprises ne vaut pas attribution du marché et ne met pas fin à la mise en concurrence, qui se poursuivra entre les entreprises retenues pendant toute la durée de l’accord-cadre. Le droit d’accès aux documents relatifs à ce dernier doit donc être défini de manière à ne pas porter atteinte à la concurrence entre ces entreprises, ce qui conduit à en restreindre la portée par rapport aux contrats ou marchés publics habituels⁹⁷. La commission en déduit que seules les caractéristiques générales de l’accord-cadre sont communicables à toute personne qui en fait la demande. En revanche, l’ensemble des mentions relatives aux offres présentées (retenues ou non) est protégé par le secret en matière commerciale et industrielle. Tel est le cas, notamment, de l’offre de prix des attributaires des lots⁹⁸.

Pour plusieurs marchés portant sur des prestations extrêmement proches et présentant les mêmes problématiques de contenu de prix, la CADA a estimé que « *le souci de garantir le libre jeu de la concurrence doit conduire à refuser de communiquer le détail des offres de prix des candidats retenus* »⁹⁹. Les passages exposant la formule de calcul de la note attribuée aux entreprises sur le critère prix sont, dans de telles circonstances très particulières, non communicables.

87. Article L. 2121-26 du CGCT ; CADA, conseil n° 20110928 du 3 mars 2011.

88. CADA, conseil n° 20065044 du 21 décembre 2006.

89. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseil n° 20044618 du 4 novembre 2004, n° 20074116 du 25 octobre 2007, n° 20091745 du 14 mai 2009 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

90. CADA, avis n° 20130742 du 14 mars 2013.

91. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

92. CADA, avis n° 20103860 du 23 septembre 2010.

93. CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.

94. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

95. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

96. CADA, avis n° 20122551 du 26 juillet 2012 et avis n° 20132915 du 12 septembre 2013.

97. CADA, avis n° 20111096 du 14 avril 2011 et conseil n° 20084709 du 23 décembre 2008.

98. CADA, avis n° 20111096 du 14 avril 2011 ; conseils n° 20073774 du 25 octobre 2007 et n° 20074583 du 22 novembre 2007.

99. CADA, conseil n° 20114251 du 3 novembre 2011.

– *La CADA prend également en compte le caractère répétitif du marché.* La commission considère, en effet, que lorsqu'un marché est susceptible de présenter un tel caractère, la communication du détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire du premier de ces marchés (bordereau des prix unitaires) serait susceptible de porter atteinte à la concurrence, lors de la passation des marchés suivants. La reconnaissance du caractère répétitif d'un marché se fonde sur la probabilité que soit passé, dans un intervalle de temps rapproché, un nouveau marché portant sur une même catégorie de biens ou de services. Deux hypothèses sont principalement visées par cette réserve : celle des marchés conclus pour une durée brève et qui sont susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence à échéances rapprochées et celle dans laquelle le même pouvoir adjudicateur est susceptible de passer des marchés distincts, mais portant sur des prestations ou des biens analogues dans un intervalle rapproché¹⁰⁰. Le cas échéant, la commission peut également tenir compte de la passation en cours ou imminente de marchés présentant des caractéristiques analogues par des collectivités comparables, situées dans le même bassin économique¹⁰¹.

Plusieurs éléments sont pris en compte par la commission pour apprécier le caractère répétitif d'un marché :

– le premier, qui constitue le critère principal, est la durée du marché initial, c'est-à-dire le délai au-delà duquel une nouvelle mise en concurrence est susceptible d'être organisée. Elle s'apprécie, en l'absence d'autres indications, au regard de la durée totale du marché, périodes de reconductions comprises, sur le fondement de l'article 16 du code des marchés publics¹⁰². Un marché conclu pour une durée d'un an, reconductible trois fois, sera donc regardé comme conclu pour une durée de quatre ans, et ne sera pas, en principe, considéré comme répétitif. Même si les avis de la commission ne l'explicitent pas, sont, en général, susceptibles d'être considérés comme répétitifs les marchés dont la durée totale est inférieure ou égale à deux ans.

– d'autres éléments pris en compte par la commission peuvent l'amener à moduler cette appréciation du caractère répétitif, ou plus généralement de l'atteinte à la concurrence susceptible d'être portée par la communication aux tiers du détail de l'offre de prix du candidat retenu. Il s'agit de :

- *la nature des biens ou services concernés par le marché* : Dans certains cas, en effet, le caractère fortement concurrentiel du secteur concerné¹⁰³, ou l'objet du marché, qui amène à considérer qu'il puisse s'inscrire « naturellement » dans une suite répétitive¹⁰⁴, font partie des circonstances qui peuvent amener la commission à considérer que l'offre de prix détaillée de l'attributaire ne sera pas communicable, indépendamment de la durée du marché, ou à tout le moins sans que les critères de principes soient nécessairement remplis.

- *les indications qui peuvent lui être apportées*, soit par les pièces du dossier qui lui sont soumises, soit de manière plus fréquente par les administrations concernées elles mêmes : ainsi, la commission peut être amenée à considérer qu'un marché aura un caractère répétitif, dès lors que le pouvoir adjudicateur le lui indique expressément¹⁰⁵.

100. CADA, conseils n° 20110425 du 17 février 2011 et n° 20114251 du 3 novembre 2011. Le caractère « analogue » des prestations soumises à appel d'offres doit s'apprécier de manière restrictive : avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.

101. CADA, conseil n° 20132294 du 25 juillet 2013.

102. CADA, conseils n° 20072696 du 26 juillet 2007 et n°20110425 du 17 février 2011.

103. CADA avis n° 20073774 du 25 octobre 2007.

104. Par exemple, pour le lot « papier » d'un marché : CADA, conseil n° 20061836 du 27 avril 2006 ; *a contrario*, conseil n° 20090984 du 2 avril 2009.

105. CADA, conseil n° 20070207 du 11 janvier 2007.



De plus, il n'est pas exclu qu'elle puisse être amenée à nuancer la prise en compte des périodes de reconduction pour l'appréciation de la durée totale du marché, si le pouvoir adjudicateur indique expressément son intention de ne pas reconduire le marché.

- si le caractère répétitif d'un marché s'apprécie principalement au regard de sa durée, la commission tient également compte, le cas échéant, du *décalé séparant l'achèvement du marché de son renouvellement*. Les documents relatifs à un marché renouvelé chaque année sont communicables, dès lors que son exécution est limitée à une courte période de la fin de l'année, en l'espèce Noël et le Jour de l'an¹⁰⁶.

- *le moment de la demande* est pris en compte. La commission émet un avis défavorable à la communication de documents, si la personne publique l'informe du prochain lancement d'un nouveau marché portant sur des prestations identiques¹⁰⁷ (à condition que le décalé séparant l'engagement de la nouvelle procédure de la conclusion du contrat initial n'excède pas une durée de deux ans¹⁰⁸), ou sur des prestations extrêmement proches¹⁰⁹. Mais, la communication de documents n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence, si le renouvellement du marché est lointain et si la passation de marchés portant sur des prestations analogues n'est pas prévue dans un décalé déterminé¹¹⁰.

- *la situation particulière des marchés passés outre-mer* a pu justifier la communication de documents relatifs à des marchés répétitifs, au regard de la concurrence entre les entreprises susceptibles de répondre aux besoins de la personne publique¹¹¹.

1.3.2.3. Secret professionnel

Le secret professionnel de l'avocat couvre « *les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier* »¹¹².

Le Conseil d'Etat a jugé que les correspondances échangées entre un avocat et son client, notamment les consultations juridiques rédigées par l'avocat à l'intention d'une collectivité publique dans le cadre d'une procédure de marché public, si elles constituent des documents administratifs au sens de la loi de 1978, sont couvertes par le secret professionnel¹¹³. Ces documents ne sont donc pas communicables¹¹⁴.

Sont également couvertes les correspondances qui n'ont pas de rapport direct avec la stratégie de défense, comme la convention d'honoraires ou les facturations afférentes émises par l'avocat¹¹⁵. Bien que constituant des pièces justificatives du paiement, ces do-

106. CADA, avis n° 20110443 du 17 février 2011.

107. CADA, conseil n° 20112647 du 23 juin 2011.

108. CADA, conseils n° 20132119 du 23 mai 2013 et n° 20132294 du 25 juillet 2013. La communication du bordereau des prix unitaires n'est plus susceptible de porter atteinte à la concurrence entre les candidats, dès lors que le décalé qui sépare la signature du marché initial de l'engagement d'une nouvelle procédure pour son renouvellement est suffisamment important pour considérer que les conditions économiques offertes par l'entreprise attributaire lors de la passation du marché initial ont, depuis, été modifiées.

109. CADA, conseil n° 20114251 du 3 novembre 2011.

110. CADA, avis n° 20112563 du 23 juin 2011.

111. CADA, conseil n° 20114251 du 3 novembre 2011.

112. Art. 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

113. CE Ass., 27 mai 2005, *Département de l'Essonne*, n°268564.

114. CADA, avis n° 20081225 du 20 mars 2008.

115. Cass., 1ère Civ., 13 mars 2008, n°05-11314.

cuments ne sont pas communicables¹¹⁶. Toutefois, la CADA autorise la communication des mandats émis par les collectivités territoriales pour le paiement des prestations juridiques réalisées par un avocat¹¹⁷.

Le secret professionnel ne couvre que les documents élaborés au cours de l'exécution des marchés de prestation d'assistance et de représentation juridiques, et non les pièces de ces marchés¹¹⁸.

1.4. Réserve des droits de propriété littéraire et artistique

Aux termes de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978, « *les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique* ». Ces dispositions ne font pas obstacle à la communication des documents, mais obligent le demandeur à respecter, dans l'usage qu'il entend faire de ces documents, les droits qui lui sont attachés¹¹⁹.

Il s'agit, le plus souvent, de documents remis dans le cadre d'un concours d'architecture : plans¹²⁰, maquettes, planches, esquisses, avant-projet sommaire et avant-projet définitif¹²¹.

2. Typologie des documents communicables et non communicables

Il n'est pas toujours aisé de dresser une liste exhaustive des documents communicables ou non communicables en matière de marchés publics, l'examen se faisant au cas par cas. On peut cependant, au vu des avis et conseils de la CADA, proposer la classification suivante : documents communicables sans restriction¹²², documents non communicables et documents communicables sous réserve de l'occultation de certaines mentions.

2.1 Les documents communicables sans restriction

2.1.1. Délibération autorisant le lancement de la procédure ou sa signature

Les délibérations des assemblées locales sont immédiatement communicables¹²³ à toute personne qui en fait la demande¹²⁴, notamment les délibérations autorisant le lancement du marché, instituant la commission d'appel d'offres ou autorisant la signature du

116. CADA, avis n° 20111095 du 14 avril 2011.

117. CADA, avis n° 20111095 du 14 avril 2011.

118. CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n°238039 ; CADA, avis n° 20111096 du 14 avril 2011.

119. CADA, avis n° 20091401 du 16 avril 2009 ; conseils n° 20022799 du 11 juillet 2002 et n° 20065427 du 21 décembre 2006.

120. CADA, avis n° 20024502 du 21 novembre 2002 et n° 20091401 du 16 avril 2009.

121. CADA, conseil n° 20032491 du 5 juin 2003.

122. L'expression « communicable de plein droit » a même été utilisée dans le passé par la CADA pour désigner les documents communicables sans restriction de contenu à toute personne qui en fait la demande, par opposition aux documents communicables aux seuls « intéressés » au sens du II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978.

123. Sur le fondement, notamment, des articles L. 2121-26, L. 3121-17, L. 4132-16, L. 5211-46, L. 5421-5, L. 5621-9 et L. 5721-6 du CGCT.

124. CADA, avis n° 20063298 du 31 août 2006.



marché¹²⁵. Il en est de même de la convocation des conseillers municipaux¹²⁶ et de l'arrêté désignant les membres de la commission d'appel d'offres, ou CAO¹²⁷. Les solutions sont identiques pour les délégations de service public¹²⁸ et les contrats de partenariat¹²⁹.

2.1.2. Documents organisant le déroulement de la mise en concurrence

Indépendamment de leur communication aux concurrents dans le cadre des obligations fixées par le code des marchés publics, ces documents peuvent être communiqués à toute personne qui en fait la demande, en dehors même de sa participation à la procédure.

Il s'agit :

- des avis de marché dès lors qu'ils ne font pas l'objet d'une diffusion publique¹³⁰ ;
- du règlement de la consultation¹³¹ ;
- des lettres de consultation adressées aux entreprises sélectionnées les informant du délai de remise des offres¹³² ;
- des lettres informant les candidats des conditions de la négociation¹³³ ;
- de la lettre de clôture des négociations¹³⁴ ;
- du programme fonctionnel transmis par la personne publique en début de procédure de passation d'un contrat de partenariat à l'ensemble des candidats, dès que ce document est achevé¹³⁵.

2.1.3. Documents relatifs à l'examen des candidatures et des offres

2.1.3.1. En ce qui concerne l'enregistrement et l'ouverture des plis :

- le registre d'enregistrement des offres¹³⁶ ;
- le procès-verbal d'ouverture des enveloppes et de réunion¹³⁷, et, pour les délégations de service public, les procès-verbaux de la commission consultative des services publics locaux d'ouverture des candidatures ou des offres¹³⁸, sous réserve que ces documents ne contiennent aucune des mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle¹³⁹.

2.1.3.2. En ce qui concerne la liste des concurrents :

- la liste des entreprises sollicitées¹⁴⁰ ;
- la liste des candidats admis à présenter une offre¹⁴¹ ;

125. CADA, conseils n° 20052631 du 7 juillet 2005 et n° 20073686 du 27 septembre 2007.

126. CADA, avis n° 20040605 du 5 février 2004.

127. CADA, conseil n° 20065427 du 21 décembre 2006.

128. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

129. CADA, conseil n° 20113036 du 22 septembre 2011.

130. CADA, avis n° 20012061 du 14 juin 2001.

131. CADA, conseil n° 20072665 du 5 juillet 2007.

132. CADA, avis n° 19993499 du 14 octobre 1999.

133. CADA, conseil n° 20002823 du 27 juillet 2000.

134. CADA, avis n° 20041307 du 1^{er} avril 2004.

135. CADA, conseil n° 20110317 du 3 mars 2011.

136. CADA, conseil n° 20061739 du 27 avril 2006.

137. CADA, conseils n° 20033195 du 28 août 2003, n° 20072665 du 5 juillet 2007 et n° 20073686 du 27 septembre 2007.

138. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

139. CADA, conseil n° 20091745 du 14 mai 2009.

140. CADA conseil n° 20061857 du 27 avril 2006.

141. CADA, avis n° 20024332 du 7 novembre 2002.

- la liste des candidats invités à négocier¹⁴² ;
- le nom des entreprises ayant déposé une offre¹⁴³ ;
- la liste des lots pour lesquels les entreprises ont soumissionné¹⁴⁴.

2.1.3.3. En ce qui concerne les documents relatifs à l'analyse des offres :

- la justification de la convocation des membres de la commission d'appel d'offres, ou CAO¹⁴⁵ ;
- les notes, classements et éventuelles appréciations du candidat retenu¹⁴⁶ et du lauréat d'un appel à projets¹⁴⁷ ou d'une concession d'aménagement¹⁴⁸ ;
- la décision d'attribution¹⁴⁹.

2.1.4. Pièces constitutives du marché

La communication des pièces constitutives du marché est très large :

- l'acte d'engagement de l'entreprise retenue et ses annexes, après occultation des informations couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle, comme les coordonnées bancaires du candidat retenu¹⁵⁰, et, en cas de marchés répétitifs, des informations susceptibles de porter atteinte à la concurrence¹⁵¹ ;
- les cahiers des clauses administratives et techniques particulières¹⁵² ;
- le descriptif, les prescriptions techniques des règles de l'art contenues dans les documents techniques unifiés, normes, avis techniques¹⁵³ ;
- les plans, dessins, graphiques du projet¹⁵⁴ ;
- le programme du concours¹⁵⁵ ;
- les variantes et options retenues¹⁵⁶ ;
- les documents relatifs aux quantités et aux conditions de prix¹⁵⁷.

Sont également communicables, les pièces constitutives des autres contrats de la commande publique :

- le contrat de délégation de service public et ses annexes, notamment le contrat de concession de service public, sous réserve pour ces dernières de l'occultation des éléments couverts par le secret industriel et commercial¹⁵⁸ ;
- le contrat de partenariat, sous réserve de l'occultation des mentions qui définissent le montage juridico-financier et comptable mis au point par le partenaire retenu¹⁵⁹ ;

142. CADA, conseil n° 20064121 du 28 septembre 2006.

143. CADA, conseil n° 20050996 du 3 mars 2005.

144. CADA, conseil n° 20043094 du 22 juillet 2004.

145. CADA, conseil n° 20002823 du 27 juillet 2000.

146. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n° 20091745 du 14 mai 2009 et n° 20110928 du 3 mars 2011.

147. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

148. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

149. CADA, conseil n° 20024022 du 3 octobre 2002.

150. CE, 11 juillet 1990, *Centre hospitalier général de Neufchâteau*, n°84994 ; CADA, avis n°20064121 du 28 septembre 2006 et conseil n° 20073686 du 27 septembre 2007.

151. CADA, conseil n° 20074116 du 25 octobre 2007.

152. CADA, conseil n° 20062914 du 11 juillet 2006.

153. CADA, avis n° 20040859 du 19 février 2004.

154. CADA, conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999.

155. CADA, conseil n° 20040658 du 19 février 2004.

156. CADA, avis n° 20060279 du 19 janvier 2006.

157. CADA, conseil n° 19991892 du 3 juin 1999.

158. CADA, avis n° 20101578 du 22 avril 2010 et conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

159. CADA, conseil n°20113036 du 22 septembre 2011.



- le bail emphytéotique administratif qui se rattache directement à l'exécution d'une mission de service public¹⁶⁰ ;
- le contrat d'occupation du domaine public¹⁶¹ ;
- un contrat d'emprunt public¹⁶² ;
- la convention de cession des outillages portuaires, même après leur déclassement du domaine public¹⁶³ ;
- les documents qui se rapportent à une procédure d'appel à projet¹⁶⁴ ;
- les concessions d'aménagement et l'ensemble des documents qui s'y rapportent¹⁶⁵.

2.1.5. Documents relatifs à l'achèvement de la procédure

- la lettre de visa du contrôleur financier¹⁶⁶ ;
- la copie de l'acte de notification du marché¹⁶⁷ et son accusé de réception¹⁶⁸ ;
- l'avis d'attribution, s'il n'a pas fait l'objet d'une diffusion publique¹⁶⁹ ;
- la fiche de recensement des marchés¹⁷⁰.

2.1.6. Documents concernant l'exécution du marché

La CADA a eu l'occasion de rappeler que les documents relatifs à l'exécution des marchés publics ont également un caractère administratif et que leur caractère communicable s'appréciait selon les mêmes principes que les autres documents en matière de marché¹⁷¹, c'est-à-dire principalement sous la réserve du respect du secret en matière commerciale et industrielle.

Il en va par exemple ainsi :

- des avenants¹⁷² ;
- des ordres de service, procès-verbaux de réception des travaux, devis des entrepreneurs, et documents de sous-traitance¹⁷³ ;
- des documents qui commentent les orientations proposées par le maître d'œuvre et retranscrivent des comptes rendus d'entretiens utiles à l'analyse du besoin de la personne publique, dans le cadre d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage¹⁷⁴ ;
- des documents concernant l'exécution financière du marché : factures, décompte général et définitif faisant apparaître non seulement la nature détaillée des prestations mais

160. CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.

161. CADA, conseil n° 20103361 du 16 septembre 2010.

162. CADA, avis n° 20103860 du 23 septembre 2010 et conseil n° 20110928 du 3 mars 2011.

163. CADA, avis n° 20110502 du 3 février 2011.

164. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

165. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

166. CADA, avis n° 20031454 du 27 mars 2003.

167. CADA, avis n° 20022651 du 27 juin 2002.

168. CADA, avis n° 20041348 du 1^{er} avril 2004.

169. CADA, avis n° 20012061 du 14 juin 2001 et conseil n° 20052631 du 7 juillet 2005.

170. CADA, conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999.

171. CADA, conseil n° 20084250 du 13 novembre 2008.

172. CADA, avis n° 20064144 du 28 septembre 2006.

173. CADA, conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999.

174. CADA, avis n° 20112563 du 23 juin 2011.

également le montant attaché, documents comptables relatifs à l'exécution financière du marché, mandats de paiement, notes d'honoraires¹⁷⁵.

Sont également communicables :

- les avenants à un contrat de concession de service public¹⁷⁶ ;
- le compte rendu annuel d'activité du concessionnaire de service public¹⁷⁷ ;
- le contrat conclu entre le concessionnaire de service public et son sous-traitant, s'il a directement pour objet la réalisation du service public ou des prestations objet de la concession¹⁷⁸ ;
- les actes produits dans le cadre d'une mission de service public, par une personne de droit privé en charge d'une telle mission¹⁷⁹.

S'agissant des collectivités territoriales, l'ensemble des documents relatifs à l'exécution financière des marchés sont susceptibles d'être regardés comme des éléments et pièces justificatives des comptes de ces collectivités, au sens des dispositions du code général des collectivités territoriales, auxquelles la compétence de la CADA a été étendue par l'article 21 de la loi du 17 juillet 1978¹⁸⁰. Dans un tel cas, la commission considère que ces dispositions particulières ne permettent pas d'opposer le secret en matière commerciale et industrielle prévu par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978¹⁸¹.

2.1.7. Documents communicables à l'occasion d'une remise en concurrence

Dans l'hypothèse d'une nouvelle mise en concurrence, les informations devant être communiquées aux entreprises candidates par la personne publique doivent assurer une information exacte de celles-ci pour leur permettre d'élaborer une offre satisfaisante et garantir une mise en concurrence réelle.

Ont ainsi été jugés communicables le compte de résultat simplifié, le résultat des cinq derniers exercices et le nombre de salariés employés, sous réserve que ces documents reflètent exclusivement l'activité concernée¹⁸².

2.2. Les documents non communicables

2.2.1. Documents organisant le déroulement de la mise en concurrence

Ne sont pas communicables les réponses des entreprises aux demandes complémentaires de la collectivité, sauf mentions particulières pouvant être communiquées telles que les éléments de l'offre de l'entreprise retenue¹⁸³.

175. CADA, avis n° 20040236 du 22 janvier 2004 et n° 20112563 du 23 juin 2011 ; conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999.

176. CADA, avis n° 20101578 du 22 avril 2010.

177. CADA, avis n° 20101578 du 22 avril 2010 et n° 20110951 du 3 mars 2011.

178. CADA, avis n° 20101578 du 22 avril 2010.

179. CADA, avis n° 20114972 du 22 décembre 2011.

180. Par exemple l'article L. 2121-26 de ce code ; par analogie : CADA, conseil n° 20084250 du 13 novembre 2008.

181. CADA, conseil n° 20064650 du 26 octobre 2006.

182. Pour un contrat d'occupation du domaine public : CADA, conseil n° 20103361 du 16 septembre 2010.

183. CADA, conseil n° 20045198 du 2 décembre 2004.



2.2.2. Documents relatifs aux candidatures et aux offres

Les documents révélant les capacités professionnelles des entreprises, la description de leurs capacités techniques, leurs références, une certification ISO et leurs capacités financières sont intégralement couverts par le secret en matière industrielle et commerciale, à l'exception des informations relatives à leurs références en matière de marché public¹⁸⁴. Pour les contrats de partenariat, ne sont pas communicables les conventions et actes d'acceptation de cession de créances¹⁸⁵.

Ne peuvent pas non plus être communiqués, le curriculum vitae (CV) des membres du candidat retenu, ses déclarations de revenus, l'organigramme de la société et le détail des équipes de salariés prévues¹⁸⁶.

Le détail technique et financier des offres des entreprises non retenues n'est pas communicable¹⁸⁷. Seules sont communicables les conditions globales de prix de ces entreprises. Les mêmes règles s'appliquent aux délégations de service public¹⁸⁸, à un bail emphytéotique administratif¹⁸⁹, à un contrat d'emprunt public¹⁹⁰, à une procédure d'appel à projet¹⁹¹, et aux concessions d'aménagement¹⁹².

Cette position est celle du juge administratif qui considère que « *la communication à l'un des candidats à l'attribution d'un marché public des dossiers soumis par d'autres concurrents dans le cadre de l'appel d'offres est de nature à porter atteinte au secret en matière industrielle et commerciale. Par suite, elle peut être refusée par application des dispositions de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978* »¹⁹³.

Les notes et classements d'une entreprise non retenue et les appréciations portées sur son offre sont communicables à ce seul candidat évincé d'une consultation¹⁹⁴. Il en va de même pour un contrat d'emprunt public¹⁹⁵, un appel à projet¹⁹⁶ et les concessions d'aménagement¹⁹⁷.

Toutefois, l'objectif de transparence administrative de la loi du 17 juillet 1978, qui amène la commission à accorder une attention particulière à la faculté laissée aux citoyens d'avoir accès aux informations relatives aux prix du marché ou aux conditions de son exécution, la conduit à considérer que le secret en matière commerciale et industrielle ne peut être opposé dans certains cas. Il en va par exemple ainsi :

- des références et marques des produits utilisés, qui sont regardées par la commission comme étant indissociables de l'offre de prix détaillée du titulaire du marché¹⁹⁸ ;
- des informations telles que le numéro d'immatriculation, le type, la marque et la date de première mise en circulation des autocars utilisés par le titulaire d'un marché de transport

184. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n° 20033282 du 28 août 2003 et n° 20052131 du 9 juin 2005.

185. CADA, conseil n° 20113036 du 22 septembre 2011.

186. CADA, conseils n° 20040542 du 5 février 2004 et n° 20065427 du 21 décembre 2006.

187. CADA, avis n° 20091401 du 16 avril 2009 ; conseils n° 20073686 du 27 septembre 2007 et n° 20090984 du 2 avril 2009.

188. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

189. CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.

190. CADA, conseil n° 20110928 du 3 mars 2011.

191. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

192. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

193. CAA Paris, 19 septembre 1999, *Société Le Bureau Moderne*, n°98PA03667.

194. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 et n° 20111096 du 14 avril 2011 ; conseils n° 20065427 du 21 décembre 2006 et n° 20091745 du 14 mai 2009.

195. CADA, avis n° 20103860 du 23 septembre 2010 et conseil n° 20110928 du 3 mars 2011.

196. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

197. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

198. CADA, conseil n° 20053337 du 25 août 2005.

de personnes, qui ont trait à « *la qualité des prestations rendues au public par l'intermédiaire de ce marché, ainsi qu'à la sécurité des personnes transportées* »¹⁹⁹.

2.2.3. Pièces du marché

Si les pièces du marché sont, en principe, communicables, en revanche, les mémoires techniques, propositions techniques et plan particulier de sécurité et de protection de la santé ne sont pas communicables, en tant qu'ils contiennent des informations relatives aux moyens humains, techniques et matériels du candidat retenu, ainsi qu'à ses procédés, informations couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale²⁰⁰.

2.3. Les documents communicables sous réserve de l'occultation de certaines mentions

2.3.1. Documents relatifs à la procédure de consultation

2.3.1.1. Documents organisant le déroulement de la mise en concurrence

Les correspondances échangées avec les candidats sont communicables, de même que les questions complémentaires adressées aux entreprises, y compris aux entreprises non retenues, sous réserve d'occultation certaines mentions²⁰¹, ainsi que les lettres adressées aux entreprises lors de négociations et qui ont permis de préciser le cahier des charges²⁰².

2.3.1.2. Documents relatifs aux candidatures et aux offres

Les documents relatifs aux candidatures et aux offres sont communicables, sous réserve de la protection des secrets. En revanche n'est pas communicable la liste des entreprises qui, après avoir retiré un dossier sur la plateforme de dématérialisation des marchés publics, n'ont pas déposé de candidature²⁰³.

S'agissant des candidatures, d'une façon générale (entreprise retenue ou non retenue), sont, en principe, communicables :

- les déclarations sur l'honneur et les attestations fiscales, à l'exception des mentions couvertes par le secret commercial et industriel, tel le chiffre d'affaires²⁰⁴ ;
- la lettre de candidature (formulaire DC1), la déclaration du candidat (formulaire DC2) et l'état annuel des certificats reçus (formulaire NOTI2) de l'entreprise retenue²⁰⁵ ;
- les documents justifiant que l'entreprise satisfait aux conditions posées par une réglementation particulière (agrément, attestation d'assurance et de garantie financière), sous réserve que les mentions dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret de la vie privée (telles que l'âge ou l'adresse d'une personne physique) ou protégées par le secret des affaires soient préalablement occultées²⁰⁶.

199. CADA, conseil n° 20090054 du 15 janvier 2009.

200. CADA, avis n° 20062949 du 11 juillet 2006 ; conseils n° 20062848 du 11 juillet 2006 et n° 20065427 du 21 décembre 2006.

201. CADA, avis n° 20040635 du 19 février 2004.

202. CADA, avis n° 20020150 du 7 février 2002.

203. CADA, conseil n° 20122467 du 5 juillet 2012.

204. CADA, conseil n° 20020024 du 10 janvier 2002.

205. CADA, conseil n° 20065427 du 21 décembre 2006.

206. CADA, conseil n° 20033474 du 11 septembre 2003.



S'agissant des offres, la communication est plus ou moins large lorsque les documents portent sur l'entreprise retenue ou les entreprises non retenues.

– *En ce qui concerne l'entreprise retenue*, peuvent être communiquées :

- non seulement l'offre de prix globale mais aussi l'offre de prix détaillée, car elle reflète le coût du service public²⁰⁷, ainsi que le bordereau des prix unitaires²⁰⁸. La solution est identique pour les délégations de service public²⁰⁹, les appels à projet²¹⁰ et les concessions d'aménagement²¹¹. Pour les contrats de partenariat, ne sont pas communicables les mentions qui définissent le montage juridico-financier et comptable mis au point par le partenaire retenu²¹² ;
- les documents qui attestent ou garantissent la conformité réglementaire des équipements et installations qu'utilisera le candidat²¹³.

En revanche, le mémoire technique ou la présentation des moyens humains et matériels de l'entreprise retenue ne sont pas communicables, à moins que ces éléments ne fassent partie intégrante de l'acte d'engagement²¹⁴.

N'est pas non plus communicable la répartition des honoraires entre membres d'un groupement attributaire d'un marché²¹⁵, sauf dans l'hypothèse *a priori* exceptionnelle où la somme globale incombant à la collectivité publique n'apparaissant nulle part ailleurs ne pourrait se déduire que de l'addition des honoraires de ces membres²¹⁶.

– *En ce qui concerne les entreprises non retenues*, sont seules, en principe, communicables les conditions globales de prix²¹⁷. Le détail technique et financier des offres de ces entreprises n'est pas communicable²¹⁸. Les mêmes règles s'appliquent pour les délégations de service public²¹⁹, à un contrat d'emprunt public²²⁰, à un bail emphytéotique administratif²²¹, à une procédure d'appel à projet²²², ou aux concessions d'aménagement²²³.

2.3.1.3. Documents relatifs à l'analyse des candidatures et des offres

– les courriers émanant d'acheteurs publics insatisfaits des prestations fournies par une entreprise, lors de précédents marchés, sont communicables, dès lors qu'ils ne font pas apparaître, de la part de personnes physiques, des comportements dont la divulgation pourrait porter préjudice à leurs auteurs²²⁴ ;

207. CADA, avis n° 20091401 du 16 avril 2009 ; conseils n° 20073686 du 27 septembre 2007 et n° 20110928 du 3 mars 2011.

208. CADA, conseil n° 20065427 du 21 décembre 2006.

209. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

210. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

211. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

212. CADA, avis n° 20111735 du 28 avril 2011. En revanche, des taux d'intérêt peuvent constituer, dans certains cas, le prix global du marché : avis n° 20130742 du 14 mars 2013.

213. CADA, conseil n° 20041304 du 1^{er} avril 2004.

214. CADA, avis n° 20062949 du 11 juillet 2006 ; conseils n° 20052631 du 7 juillet 2005 et n° 20065427 du 21 décembre 2006.

215. CADA, avis n° 20123533 du 11 octobre 2012.

216. CADA, conseil n° 20050246 du 6 janvier 2005.

217. CADA, avis n° 20091401 du 16 avril 2009 et n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n° 20090984 du 2 avril 2009, n° 20091745 du 14 mai 2009 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

218. CADA, avis n° 20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n° 20073686 du 27 septembre 2007, n° 20091745 du 14 mai 2009 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

219. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

220. CADA, avis n° 20103860 du 23 septembre 2010.

221. CADA, avis n° 20103329 du 16 septembre 2010.

222. CADA, conseil n° 20120845 du 8 mars 2012.

223. CADA, avis n° 20122290 du 21 juin 2012.

224. CADA, conseil n° 20042904 du 8 juillet 2004.

- le rapport d’analyse des offres, les procès-verbaux et les rapports de la commission d’appel d’offres (CAO) relatifs à l’analyse et au classement des offres et au choix de l’attributaire sont communicables, sauf pour ce qui concerne les mentions couvertes par le secret industriel et commercial, qui, telles les mentions relatives aux détails techniques et financiers des offres des entreprises non retenues, doivent être occultées²²⁵ ;
- il en est de même du rapport du maître d’œuvre²²⁶ et du dossier détenu par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) dans le cadre de leur fonction de contrôle et de conseil concernant les marchés publics, notamment le procès-verbal et les notes prises à l’issue des réunions de la commission d’appel d’offres²²⁷.

2.3.1.4. Documents relatifs à l’achèvement de la procédure

Les rapports généraux relatifs à la passation de marchés sont communicables, sous réserve de l’occultation des mentions couvertes par le secret :

- rapport de présentation du marché²²⁸ ou du contrat de délégation de service public²²⁹ ;
- la demande d’annulation du préfet et la motivation qui l’accompagne²³⁰.

2.3.2. Rapports divers

Un certain nombre de notes, dossiers ou rapports peuvent être communiqués (toujours sous réserve de l’occultation des mentions couvertes par le secret) :

- le rapport d’évaluation transmis pour avis à la Mission d’appui aux partenariats public-privé (MAPPP) préalablement au lancement de la procédure de passation des contrats de partenariat²³¹ ;
- les rapports de la DGCCRF²³² ;
- les rapports d’analyse relatifs au volet financier du projet établis par une société de conseil en ingénierie financière²³³ ;
- le rapport rédigé par un cabinet d’expertise sur l’exécution d’un marché, sous réserve des éléments comportant un jugement de valeur sur une personne physique²³⁴.

225. CADA, avis n° 20074116 du 25 octobre 2007 ; conseils n° 20052295 du 9 juin 2005, n° 20073686 du 27 septembre 2007 et n° 20091745 du 14 mai 2009. Pour les délégations de service public, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

226. CADA, conseil n° 20033195 du 28 août 2003.

227. CADA, conseil n° 20050423 du 20 janvier 2005.

228. CADA, avis n° 20063298 du 31 août 2006 ; conseils n° 20073686 du 27 septembre 2007 et n° 20114251 du 3 novembre 2011.

229. CADA, conseil n° 20063184 du 27 juillet 2006.

230. CADA, avis n° 20001773 du 25 mai 2000.

231. CADA, conseil n° 20062040 du 11 mai 2006.

232. CE, 1^{er} mars 2004, *Ministre de l’économie et des finances c/ société civile de moyens «Imagerie Médicale du Nivolet»*, n° 247733 ; CADA, conseils n° 20010348 du 25 janvier 2001 et n° 20050423 du 20 janvier 2005.

233. CADA, avis n° 20081225 du 20 mars 2008.

234. CADA, conseil n° 20020832 du 28 février 2002.



FICHE 29

Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique

Les procédures de passation des contrats de la commande publique peuvent être contestées devant le juge administratif. Ce juge veille au respect des principes constitutionnels de la commande publique, en particulier à l'égalité d'accès à celle-ci et à la transparence des procédures.

Plusieurs recours peuvent être intentés par les tiers intéressés : chacun est soumis à un régime spécifique. Ils peuvent être formés avant ou après la conclusion du contrat, devant le juge de l'urgence ou le juge du contrat. Ce risque doit être pris en compte par les acheteurs publics, dont l'action est soumise au contrôle du juge, tout au long de la passation du contrat et après sa signature.

Le juge est doté de pouvoirs importants et diversifiés : il peut arrêter une procédure de passation à tous les stades, annuler un contrat en en modulant l'effet dans le temps, et depuis 2009, infliger à l'acheteur négligent une amende financière. Rappelons, par ailleurs, que violer les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la publicité et à la mise en concurrence constitue un délit pénalement sanctionné¹.

I. Les procédures d'urgence

I.1. Le référé précontractuel, jusqu'à la signature du contrat

Le référé précontractuel a été créé par la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989², et introduit dans notre droit par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992. Il est régi par les articles L. 551-1 à L. 551-12, et R. 551-1 à R. 551-6 du code de justice administrative, pour les contrats de droit public³.

Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat, qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats constatant un manquement à ces règles d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat.

1. L'article 432-14 du code pénal punit le délit de favoritisme de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

2. Directives recours 89/665/CEE du 21 décembre 1989 (pour les marchés des secteurs classiques) et 92/13/CEE du 25 février 1992 (pour les marchés des secteurs dits spéciaux ou exclus, c'est-à-dire ceux des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications), modifiées par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

3. Pour les contrats de droit privé, par les articles 2 à 10 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et les articles 1441-1 et 1441-2 du code de procédure civile.

1.1.1. Le champ d'application du référé précontractuel.

1.1.1.1. Quels sont les contrats susceptibles de faire l'objet d'un référé précontractuel ?

Le juge du référé précontractuel est saisi de « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* »⁴.

Entrent donc dans le champ du référé précontractuel :

- les marchés, au sens du code des marchés publics et de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ;
- les délégations de service public, régies par la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 ;
- les contrats de partenariat, réglementés par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 ;
- les baux emphytéotiques hospitaliers, soumis aux dispositions du code de la santé publique ;
- les concessions de travaux publics, régies par l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 ;
- les concessions domaniales, soumises au code général de la propriété des personnes publiques, lorsqu'elles sont le support d'un des contrats administratifs entrant dans le champ du référé précontractuel⁵.

1.1.1.2. Qui peut saisir le juge du référé précontractuel ?

Les personnes habilitées à engager un référé précontractuel sont « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement* »⁶ aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le préfet peut également intenter un tel recours, pour l'exercice du contrôle de légalité, si le contrat est conclu par une collectivité territoriale ou par un établissement public local.

Peuvent ainsi saisir le juge du référé précontractuel :

- les candidats évincés, à tout stade de la procédure de passation ;
- les candidats potentiels, que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a dissuadé de soumissionner. La spécialité d'une société, c'est-à-dire l'adéquation entre ses activités et l'objet des prestations attendues, suffit à établir son intérêt à conclure un contrat, sans qu'elle ait à établir qu'elle a été empêchée d'être candidate⁷.

L'entreprise déclarée attributaire d'un contrat n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence applicables. Dépourvue d'intérêt à agir à l'encontre de la procédure de passation, elle ne peut exercer de référé précontractuel⁸.

1.1.1.3. Quels sont les délais de recours ?

Le juge du référé précontractuel peut être saisi jusqu'à la signature du contrat. Si le juge est saisi après la conclusion du contrat, la requête est irrecevable. Si la signature du contrat intervient en cours d'instance, le recours perd son objet : le juge constate qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la requête.

4. Article L. 551-1, premier alinéa, du code de justice administrative.

5. CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, n° 202971 ; CE, 29 juillet 2002, *Commune de Cavalaire-sur-Mer*, n° 242153.

6. CE, Sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n° 305420.

7. CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143.

8. CE, 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, n° 350231.



L'exercice du référé précontractuel suspend automatiquement la procédure de passation. Le contrat ne peut pas être signé à compter de la saisine du juge, et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. L'acheteur public, informé du dépôt d'un recours, doit respecter cette suspension.

Si l'acheteur public signe le contrat, sans respecter la suspension imposée par l'article 80-I-1° du code des marchés publics ou par l'exercice d'un référé précontractuel, le candidat évincé peut transformer son référé précontractuel en référé contractuel⁹. Toutefois, ce référé contractuel n'est ouvert que si le requérant a respecté son obligation de notification, à la personne publique, de dépôt de son référé précontractuel¹⁰, ou si le greffe du tribunal administratif a informé le pouvoir adjudicateur de l'existence d'un tel recours¹¹.

1.1.2. Le régime du référé précontractuel

Le requérant ne peut invoquer que des moyens tirés des manquements de l'acheteur public à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lors de la passation du contrat. Sont notamment concernés : la définition du contrat et des prestations attendues, toutes les obligations de publicité, l'information fournie aux candidats, le respect des documents de la consultation, notamment l'analyse des offres au regard des critères annoncés, et les motifs de rejet.

Encore faut-il que ces manquements, « *eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, aient été susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser l'entreprise, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* »¹². Le requérant doit apporter des éléments d'explication en ce sens¹³.

Une partie peut soulever oralement des moyens nouveaux au cours de l'audience à condition de les confirmer par écrit. Le juge des référés précontractuel ne saurait en effet, dans cette hypothèse, accueillir de tels moyens sans avoir mis à même l'autre partie d'y répondre, le cas échéant, en différant la clôture de l'instruction à une date ultérieure¹⁴.

Le choix de l'offre d'une entreprise irrégulièrement retenue est susceptible d'avoir lésé tout autre candidat, sauf s'il résulte de l'instruction que la candidature de ce dernier devait elle-même être écartée ou que son offre ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable¹⁵. Un candidat ayant présenté une offre irrégulière n'est pas susceptible d'avoir été lésé par un quelconque manquement, à moins que l'irrégularité de l'offre résulte du manquement que le candidat entend dénoncer¹⁶.

1.1.2.1. Quel régime contentieux ?

Le juge du référé précontractuel ne peut pas statuer avant un délai minimum¹⁷ :

- 16 jours en procédure formalisée, à compter de la date d'envoi de l'information aux candidats évincés ;
- 11 jours en procédure adaptée, à compter de la publication de l'avis d'intention de conclure le contrat (avis *ex ante* volontaire).

9. CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, n° 340944.

10. CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-les-Metz*, n° 350148.

11. CE, 1^{er} mars 2012, *Office public de l'habitat (OPAC) du Rhône*, n° 355560.

12. CE, Sect., 3 octobre 2008, n°305420, précité.

13. CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du bassin du Thau*, n°311949.

14. CE, 19 avril 2013, *Commune de Mandelieu la Napoule*, n°365617.

15. CE, 11 avril 2012, *Syndicat ODY 1218 Newline du Lloyd's de Londres*, n° 354652.

16. CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935 ; CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel France c/ Commune de Villiers-sur-Marne*, n° 353826.

17. Article R. 551-5 du code de justice administrative.

Le juge statue dans un délai maximum de 20 jours, à compter de sa saisine, mais le dépassement de ce délai n'entraîne pas son dessaisissement. En conséquence, la procédure d'instruction est rapide, et les délais de communication des mémoires sont raccourcis. L'audience est en principe publique et les parties peuvent présenter des observations orales, voire y invoquer de nouveaux moyens.

Il statue en premier et dernier ressort. Son ordonnance est susceptible d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dans les 15 jours de la notification de la décision. Ce pourvoi n'a pas d'effet suspensif.

1.1.2.2. Quels sont les pouvoirs du juge du référé précontractuel ?

Les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont ceux d'un juge du fond, pour assurer le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Doté de prérogatives considérables, il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, suspendre et annuler l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Pour les contrats passés par les entités adjudicatrices, le juge dispose de pouvoirs moins étendus : injonction, suspension, astreinte¹⁸.

Le juge dispose de pouvoirs d'injonction et de suspension : il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet. Ces pouvoirs peuvent être utilisés par le juge, « *sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages* »¹⁹. A la demande du pouvoir adjudicateur, le juge est tenu d'effectuer le bilan coûts / avantages des injonctions qu'il est susceptible de prononcer.

Le choix entre ces sanctions ou mesures se fait « *eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation des contrats litigieux* »²⁰. Un manquement concernant l'élaboration même des offres doit ainsi être sanctionné par l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation²¹, alors qu'un manquement se rapportant à la seule phase de sélection des offres ne peut entraîner qu'une annulation de la procédure à compter de l'examen de ces offres²².

1.2. Le référé contractuel, après la signature du contrat

Le référé contractuel a été créé par la directive n°2007/66/CE du 11 décembre 2007, et introduit en droit interne par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. Il est régi par les articles L. 551-13 à L. 551-23, et R. 551-7 à R. 551-10 du code de justice administrative, pour les contrats de droit public²³. Il permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat.

18. Article L. 551-6 du code de justice administrative.

19. Articles L. 551-2 I et L. 551-7 du code de justice administrative ; CE, 12 mars 2012, *Communauté d'agglomération du pays de Montbéliard*, n° 354279.

20. CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234.

21. CE, 23 novembre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350519.

22. CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie c/ société GTS*, n° 350153 ; CE, 23 mars 2012, *Caisse des écoles de la commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 355439.

23. Pour les contrats de droit privé, par les articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et l'article 1441-3 du code de procédure civile.



1.2.1. Le champ d'application du référé contractuel

1.2.1.1. Quels sont les contrats susceptibles de faire l'objet d'un référé contractuel ?

Le champ d'application matériel du référé contractuel est celui du référé précontractuel.

1.2.1.2. Qui peut saisir le juge du référé contractuel ?

Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises au référé précontractuel, c'est-à-dire « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* », et le préfet.

Si l'acheteur a respecté la suspension de signature que lui impose l'existence d'un référé précontractuel, ou s'est conformé à la décision du juge du référé précontractuel, aucun référé contractuel ne peut être exercé²⁴.

Ne peut exercer un recours contractuel celui qui, ayant précédemment exercé un référé précontractuel, a omis d'en avertir la personne publique qui a signé le contrat²⁵, sauf si cette information a été communiquée au pouvoir adjudicateur par le greffe du tribunal administratif saisi²⁶. Le référé contractuel reste toutefois ouvert, si le concurrent évincé n'a pas été informé : du rejet de son offre et de la signature du contrat ; en procédure formalisée, du délai de suspension de la signature du marché (délai de *standstill*)²⁷ ; ou, en procédure adaptée, de l'intention de la personne publique de conclure le contrat²⁸.

1.2.1.3. Quels sont les délais de recours ?

Le référé contractuel peut être exercé dans un délai de :

- 31 jours, à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au *Journal Officiel de l'Union européenne* (JOUE) ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, à compter de la notification de la conclusion du contrat ;
- 6 mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat, si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée. L'acheteur a donc intérêt à publier un avis d'attribution, le plus rapidement possible après la notification du contrat.

Les contrats dont la passation n'est pas soumise aux procédures formalisées peuvent échapper au référé contractuel, si le pouvoir adjudicateur publie au JOUE son intention de conclure le contrat (avis *ex ante* volontaire) et observe un délai de 11 jours entre cette publication et la signature du contrat.

La même exclusion s'applique aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, si l'acheteur envoie aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observe un délai de 16 jours (11 jours en cas d'envoi dématérialisé), entre cet envoi et la signature du marché.

24. Article L. 551-14 du code de justice administrative.

25. CE, 30 septembre 2011, n° 350148, précité.

26. CE, 1^{er} mars 2012, n° 355560, précité.

27. CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne*, n° 346665.

28. CE, 29 juin 2012, *Société Chaumeil*, n° 358353.

1.2.2. Le régime du référé contractuel.

Le référé contractuel est destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves : les moyens invocables sont moins nombreux que pour le référé précontractuel. « *Les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code* »²⁹. Il appartient au juge de vérifier que les manquements invoqués par le candidat évincé ont « *affecté ses chances d'obtenir le contrat* »³⁰.

Seuls peuvent être invoqués :

- l'absence totale de publicité,
- l'absence de publication au JOUE si celle-ci est obligatoire,
- la violation du délai de *standstill*,
- la violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du référé précontractuel
- la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

1.2.2.1. Le régime contentieux.

Le régime contentieux du référé contractuel est quasi identique à celui du référé précontractuel, à l'exception du délai d'un mois, à compter de sa saisine, imparti au juge du référé contractuel pour statuer.

1.2.2.2. Les pouvoirs du juge.

Le juge du référé contractuel dispose de pouvoirs importants : l'annulation du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée et une pénalité financière, par exemple en cas de violation du délai de *standstill*³¹. Toutes ces sanctions sont applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée.

L'exercice de ces pouvoirs est strictement encadré : l'annulation est la sanction obligatoire dans les cas fixés par la loi³². Si l'annulation « *se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général* »³³, le juge retrouve sa liberté de choix entre les trois autres sanctions possibles. En dehors de ces cas d'annulation obligatoire, le juge a le choix parmi les sanctions prévues par le code de justice administrative : il les adapte à la gravité des violations aux obligations de publicité et de mise en concurrence commises et au contexte du contrat³⁴.

29. CE, 19 janvier 2011, *Société du Grand port maritime du Havre*, n° 343435.

30. CE, 30 novembre 2011, *Société DPM Protection*, n° 350788.

31. CE, 30 novembre 2011, n° 350788 précité.

32. Article L. 551-18 du code de justice administrative.

33. Articles L. 551-19 et L. 551-20 du code de justice administrative.

34. CE, 1^{er} mars 2012, n° 355560, précité



2. Les autres recours liés à la passation du contrat

2.1. Le recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat

La jurisprudence « *Tarn-et-Garonne* »³⁵ ouvre aux tiers, sans considération de leur qualité, une voie de droit spécifique leur permettant de contester la validité du contrat ou certaines de ses clauses devant un juge de plein contentieux aux pouvoirs étendus.

Ce nouveau recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat se substitue au recours dit « *Tropic* » ouvert aux concurrents évincés³⁶ et au recours dirigé par les tiers contre les actes détachables préalables à la conclusion de celui-ci³⁷. En raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, il ne peut être formé qu'à l'encontre des contrats signés à compter du 4 avril 2014, date de lecture de la décision du Conseil d'Etat.

Pour les contrats signés avant cette date, les tiers insusceptibles de former antérieurement un recours « *Tropic* » peuvent introduire un recours pour excès de pouvoir contre les actes qui en sont détachables. Les recours pendants exercés par les concurrents évincés et le préfet de département avant le 4 avril 2014 restent, quant à eux, soumis aux règles de procédure fixées par l'arrêt *société Tropic travaux signalisation* du 16 juillet 2007.

2.1.1. Le champ d'application du recours

2.1.1.1. Quels sont les actes susceptibles de faire l'objet d'un tel recours ?

Le recours en contestation de validité contractuelle est ouvert contre tous les contrats administratifs ou certaines de leurs clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

Les actes détachables préalables à la conclusion du contrat administratif ne peuvent être contestés qu'à l'occasion de ce nouveau recours et ne peuvent plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Néanmoins, le préfet de département, seul, peut toujours, dans le cadre du contrôle de légalité, demander l'annulation de ces actes par voie de déféré pour excès de pouvoir tant que le contrat n'est pas signé.

Sont regardés comme détachables du contrat administratif et antérieurs à sa formation les actes relatifs au choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat ainsi que la décision de le signer.

2.1.1.2. Qui peut saisir le juge du contrat ?

« *Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses* » est recevable à former ce recours.

Ce recours est ainsi ouvert à tout concurrent évincé ou à tout autre tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon directe et certaine par le contrat ou sa passation.

La qualité de concurrent évincé est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

35. CE Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994.

36. CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545.

37. CE, 4 août 1905, *Martin*, n°14220.

D'autres tiers, notamment les contribuables locaux ou les associations, peuvent avoir intérêt à agir contre le contrat s'ils établissent avoir été lésés de manière directe et certaine au regard de la qualité dont ils se prévalent.

Sont également recevables à exercer ce recours, les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernés par le contrat et le préfet de département dans le cadre du contrôle de légalité.

2.1.1.3. Quels sont les délais de recours ?

Le recours doit être exercé, y compris pour les contrats relatifs à des travaux publics, dans un délai de deux mois « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées ». Cette condition de publicité peut être remplie « notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ».

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la publication d'un avis d'attribution au JOUE, suffit pour déclencher ce délai. Cet avis doit alors indiquer les modalités de la consultation du contrat, dans la rubrique « autres informations » de l'avis. En procédure adaptée, l'acheteur doit adapter sa publicité à l'objet et au montant du contrat.

2.1.2. Le régime du recours

Tous les moyens susceptibles de remettre en cause la validité du contrat ne peuvent pas être invoqués devant le juge. En effet, le caractère opérant des moyens soulevés est subordonné à la circonstance que les manquements invoqués soient en rapport direct avec l'intérêt lésé ou soient d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Seuls le préfet de département ou les membres de l'organe délibérant des collectivités territoriales ou de leurs groupements peuvent invoquer tout vice du contrat.

Le recours peut être dirigé contre le contrat ou certaines de ses clauses. Le juge dispose de pouvoirs étendus qu'il module en fonction de la nature du vice entachant le contrat et des motifs tirés de la préservation de la sécurité juridique et de l'intérêt général, tels que la continuité du service public. Il peut :

- décider de la poursuite de l'exécution du contrat ;
- inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe ;
- en cas d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, prononcer, le cas échéant avec un effet différé, et après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ;
- si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office, prononcer, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, l'annulation totale ou partielle.

Saisi de conclusions en ce sens, le juge peut également condamner les parties à verser une indemnité à l'auteur du recours en réparation des droits lésés. A cet égard, le requérant peut :

- soit présenter des conclusions indemnitaires devant le juge du contrat, « à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat ».
- soit engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé.



La recevabilité de telles conclusions indemnitaires n'est pas soumise au délai de deux mois applicable au recours. Elle est toutefois soumise, sauf en matière de travaux publics, à l'intervention d'une décision administrative préalable de nature à lier le contentieux, le cas échéant en cours d'instance³⁸. Ces conclusions doivent également être motivées et chiffrées, à peine d'irrecevabilité.

Dans le cadre de ce recours, la requête peut être accompagnée d'une demande tendant à la suspension de l'exécution du contrat. Pour que cette demande soit recevable, les conditions strictes du référé-suspension doivent être réunies (urgence et doute sérieux)³⁹.

2.2. Le recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir n'a pas pour objet la contestation du contrat lui-même. Dorénavant, il ne peut plus être dirigé contre les actes détachables antérieurs à la conclusion du contrat tels que la délibération autorisant la signature du contrat, la décision de signer le contrat ou les décisions d'écarter une offre ou d'attribuer le marché⁴⁰.

En revanche, la décision d'abandonner la procédure en la déclarant infructueuse ou sans suite est toujours susceptible d'être contestée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir⁴¹.

De même, les clauses réglementaires du contrat ne peuvent être contestées que par la voie du recours pour excès de pouvoir⁴², le recours en contestation de validité étant exclu⁴³.

Le régime contentieux obéit aux règles classiques de recevabilité des recours pour excès de pouvoir.

Le juge ne dispose ainsi que de pouvoirs limités : il peut rejeter la requête ou annuler l'acte. Le cas échéant, les requérants peuvent demander au juge d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé⁴⁴ ou de prendre à nouveau une décision dans un délai déterminé⁴⁵.

38. CE avis, 11 mai 2011, *Société Rébillon Schmidt Prévot*, précité.

39. Articles L. 521-1 et R. 522-1 du code de justice administrative.

40. CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, précité.

41. V. les fiches techniques « La déclaration d'infructuosité » et « La déclaration sans suite ».

42. CE, Ass, 10 juillet 1996, *Cayzele*, n°138536.

43. CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, précité.

44. Article L.911-1 du code de justice administrative.

45. Article L.911-2 du code de justice administrative.

FICHE **30****La signature électronique
dans les marchés publics**

Les règles d'usage de la signature électronique dans les marchés publics sont fixées dans l'arrêté du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics, qui s'est substitué à l'arrêté du 28 août 2006.

Mode d'emploi pour accompagner la généralisation de la dématérialisation, l'arrêté précise, assouplit et uniformise les conditions d'utilisation de la signature électronique, quel que soit le signataire (personne publique ou opérateur économique) ou le document à signer.

**1. A qui s'adresse ce texte
(article 1^{er} de l'arrêté) ?**

A tous les utilisateurs potentiels des marchés publics : autorités administratives et opérateurs économiques.

La personne qui signe électroniquement est celle qui aurait signé le même document de manière manuscrite : c'est la personne habilitée à engager l'organisme qu'elle représente. La signature électronique se substitue directement à la signature manuelle : elle permet d'identifier le signataire.

**2. Quels sont les documents concernés
(article 1^{er} de l'arrêté) ?**

Les documents transmis électroniquement sont signés électroniquement dès lors qu'une signature est requise. La signature peut être prévue par le code des marchés publics (cas de l'acte d'engagement, pour les marchés formalisés), par les documents de la consultation, ou par le document lui-même (certains formulaires DC, par exemple).

L'arrêté n'élargit ni ne restreint le champ des documents à transmettre revêtus d'une signature. Les documents à signer électroniquement sont ceux qui auraient été signés de manière manuscrite. C'est le mode de transmission (papier ou électronique) qui détermine la manière de signer (signature manuscrite ou électronique). En revanche, un document pour lequel aucune signature n'est requise sera transmis électroniquement sans signature électronique.

Il est recommandé aux acheteurs de mentionner précisément, dans les documents de la consultation, les documents qu'ils veulent voir transmis signés, en rappelant qu'en cas de transmission électronique, la signature électronique est requise sur le document lui-même (un fichier zip signé ne vaut pas signature de chaque document qu'il contient, ou encore une signature manuscrite scannée n'a pas valeur d'original signé).

Rappel : ne pas exiger la signature des documents qui sont des annexes à l'acte d'engagement ; il suffit de les lister dans l'acte d'engagement, et les identifier précisément (numéro de version, nombre de pages).

3. Est-il possible de limiter les certificats de signature électronique acceptés (article 2-I de l'arrêté) ? De limiter les formats de signature (article 3 de l'arrêté) ? Peut-on imposer l'utilisation de l'outil de signature proposé sur le profil d'acheteur ?

Le principe posé est que l'utilisation de tout produit est possible, à partir du moment où il présente des garanties de sécurité suffisantes et où le destinataire du document signé est en mesure de procéder à la vérification de la signature.

L'arrêté élargit les catégories de certificats utilisables, qui sont (cf. infra, *lien utiles*) :

- les certificats référencés, ou figurant sur la liste de confiance d'un Etat-membre de l'Union européenne ;
- les certificats qui ne figurent pas sur une liste de confiance, qui doivent présenter un niveau de sécurité suffisant (la référence pour les administrations étant le référentiel général de sécurité, l'arrêté précise que ces certificats répondent à une norme équivalente à celle du RGS). Il s'agit de certificats conformes au RGS mais non référencés sur une liste, ou de certificats qui présentent un niveau de sécurité équivalent.

Le signataire s'assure que le certificat qu'il utilise présente au moins un niveau de sécurité équivalent à celui préconisé sur le profil d'acheteur, et donne tous les éléments nécessaires à la vérification de sa signature par le profil d'acheteur.

Par ailleurs, une décision de la Commission européenne du 25 février 2011 impose d'accepter les formats de signature XAdES, PAdES et CAdES cités à l'article 3 de l'arrêté. Les trois formats doivent être acceptés par le profil d'acheteur, qui peut néanmoins prévoir d'accepter des formats supplémentaires. Cette possibilité est alors mentionnée dans les documents de la consultation ou la lettre de consultation.

Tout outil de signature conforme à ce qui précède est utilisable. L'acheteur ne peut pas imposer l'emploi de l'outil de la plateforme. Néanmoins, lorsque l'opérateur économique utilise un autre outil de signature, il en permet la vérification en transmettant en parallèle les éléments nécessaires pour procéder à la vérification de la validité de la signature et de l'intégrité du document, et ce, gratuitement.

4. Comment vérifier la conformité du certificat de signature à un niveau de sécurité équivalent au RGS (article 2-II de l'arrêté) ?

L'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 prévoit que l'autorité administrative détermine pour chaque système d'information, et après étude, le niveau de sécurité requis parmi les niveaux prévus par le RGS (niveau *, ** ou ***). Les échanges intervenant via le système d'information respectent par la suite les règles correspondantes. Par exemple, si le profil d'acheteur requiert un niveau de sécurité ** du RGS, tous les



produits utilisés sur le profil d'acheteur, dont le certificat de signature électronique, devront correspondre au moins aux préconisations du niveau ** du RGS. Cela signifie que la plateforme devra reconnaître et accepter les produits de niveau ** et ***, mais pas ceux de niveau *.

L'arrêté prévoit plusieurs cas selon le certificat de signature utilisé :

– **le certificat de signature est référencé ou émane de la liste de confiance française ou d'une liste de confiance d'un autre Etat-membre.** Dans ce cas, la conformité du produit au RGS est présumée, et les seules vérifications à opérer sont celles du niveau de sécurité (*, ** ou ***) et bien sûr, de la validité de la signature elle-même. Le signataire n'a pas à fournir d'autres éléments que ceux permettant la vérification de la validité de la signature.

– **le certificat de signature électronique n'est pas référencé ni ne figure sur une liste de confiance** : il peut s'agir de produits émanant de prestataires de pays-tiers, mais aussi de prestataires européens ou français, qui n'ont pas fait l'objet d'un référencement, souvent pour des raisons de coût. Ce sont ces certificats qu'il faut vérifier avant de les accepter. L'arrêté prévoit que le signataire transmet les éléments nécessaires à cette vérification, en plus des éléments nécessaires à la vérification de la validité de la signature elle-même. Cela peut être l'adresse du site internet de référencement dans le pays tiers, une preuve de la qualification du prestataire ou du produit, l'adresse de l'autorité de certification qui a délivré le certificat de signature, qui mentionne la politique de certification...

Le référentiel général de sécurité (RGS) version 2.0

Cette nouvelle version du RGS constitue un référentiel de transition entre une première version (RGS 1.0) liée à la mise en œuvre de l'administration électronique et une troisième version qui se fondera sur la réglementation européenne en cours d'évolution. Cette mise à jour du référentiel général de sécurité permet la qualification des prestataires de certification électronique, d'horodatage électronique, d'audit de la sécurité des systèmes d'information.

Les dispositions transitoires entre les deux versions du RGS

L'article 5 de l'arrêté du 13 juin 2014 prévoit des dispositions destinées à faciliter la transition entre les versions 1.0 et 2.0 du RGS.

Les versions 1.0 et 2.0 du RGS s'appliquent aux autorités administratives de manière concomitante en application des mesures de transitions suivantes.

- les certificats électroniques et les contremarques de temps conformes aux annexes de la version 1.0 du RGS pourront continuer à être émis jusqu'au 30 juin 2015 ;
- les autorités administratives devront accepter ces certificats électroniques et ces contremarques de temps pendant leur durée de vie, avec un maximum de trois ans ;
- les autorités administratives doivent accepter les certificats électroniques et les contremarques de temps conformes aux annexes de la version 2.0 du RGS à compter du 1^{er} juillet 2015.

Ces dispositions s'appliqueront aux certificats d'authentification et de signature utilisés dans les marchés publics conformément à l'arrêté du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics, qui n'est pas modifié par le nouvel arrêté relatif au RGS 2.0.

5. L'acheteur est-il tenu d'effectuer lui-même ces vérifications techniques ?

Non. La vérification des certificats de signature électronique et de la validité de la signature elle-même font partie actuellement des fonctionnalités d'un profil d'acheteur, sans que l'acheteur ait dû se doter des compétences techniques pour les examiner. L'automatisation et la traçabilité des vérifications et contrôles doivent continuer à être privilégiées.

En revanche, la vérification de l'identité du signataire, et de sa capacité à engager l'entreprise, reste, comme pour les marchés non dématérialisés, effectuée par l'acheteur.

Si une décision doit être prise sur le rejet d'une candidature ou d'une offre du fait de la non-conformité de la signature électronique, cette décision revient, toujours, à l'acheteur, qui reste responsable de tout le processus d'achat. A ce titre, l'arrêté ne modifie pas les responsabilités de l'acheteur.

*

* *

Il est recommandé de préciser dans les documents de la consultation :

- un rappel du niveau de sécurité requis sur le profil d'acheteur (niveau *, ** ou *** conforme au RGS) ;
- les documents pour lesquels une signature manuscrite ou le cas échéant électronique est requise ;
- les formats de signature autorisés (et toujours au moins, les trois formats cités à l'article 3 de l'arrêté) ;
- le rappel à titre pédagogique de certaines règles courantes : un zip signé ne vaut pas signature de chaque document du zip, une signature manuscrite scannée n'a pas d'autre valeur que celle d'une copie et ne peut pas remplacer la signature électronique qui confère valeur d'original au document signé.

Liens utiles :

- Documents de référence de l'administration électronique : RGS et référencement
- Site de l'ANSSI : RGS 2.0
- Liste des organismes habilités au référencement (RGS)
- Liste des prestataires certifiés
- Liste de confiance française
- Liste de confiance européenne



FICHE 31

Les avances

L'avance est le versement d'une partie du montant d'un marché public au titulaire de ce marché avant tout commencement d'exécution de ses prestations. Elle constitue, à la différence de l'acompte¹, une dérogation à la règle du « service fait »².

L'avance facilite l'exécution des marchés publics et assure un égal accès à ces marchés à toutes les entreprises, qu'elles disposent ou ne disposent pas d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations³. Le recours à ce préfinancement, annoncé dès la phase de publicité, améliore les conditions de la mise en concurrence et doit créer une économie pour l'acheteur public ; les titulaires ne seront en effet pas contraints de préfinancer leur marché et ne répercuteront pas cette charge dans le prix de leur offre.

I. L'avance obligatoire

L'article 87 du code des marchés publics (CMP) impose aux acheteurs publics, lorsque certaines conditions sont remplies⁴, d'accorder au titulaire le bénéfice d'une avance. Dans ce cas, l'acheteur public doit prévoir, dès l'élaboration des pièces contractuelles, les modalités de versement de l'avance.

I.1. Quelles sont les conditions d'octroi de l'avance obligatoire ?

Le versement d'une avance est de droit pour le titulaire d'un marché « ordinaire » dont le montant initial est supérieur à 50 000 euros HT⁵ et dont le délai d'exécution⁶ s'étend au-delà de deux mois.

Il en va de même du titulaire d'un marché à tranches dès lors, que le montant initial de la tranche ferme ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 euros HT et que le délai d'exécution de la tranche en question est supérieur à deux mois. Ces deux conditions sont cumulatives.

1. Voir la fiche technique «Les acomptes».

2. V. articles 20 et 33 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique

3. En ce sens, voir le point 21.2 du guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

4. Ces conditions avaient été assouplies, dans le cadre du plan de relance de l'économie française, par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008, et par la circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française – augmentation des avances sur les marchés publics de l'Etat en 2009 : suppression de la limite de durée du marché de 2 mois, limitation du montant du marché de 50 000 à 20 000 euros HT, pourcentage forfaitaire porté de 5 à 20%.

5. Lorsque le montant est inférieur à 50 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur peut prévoir, s'il le souhaite, le versement d'une avance (v. point 2.1).

6. La détermination du délai d'exécution est précisée par les CCAG en fonction du type de marchés (art. 13 des CCAG FCS, TIC et PI, art. 19.1 du CCAG Travaux, art. 14 du CCAG MI).

Des spécificités existent pour les marchés à bons de commande et les marchés reconductibles :

Pour les marchés à bons de commande :

- les marchés conclus pour un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT ouvrent droit à une avance versée, en une seule fois, en pourcentage de ce montant minimum⁷ ;
- les marchés conclus sans minimum ni maximum, ou sans minimum mais avec un maximum, ou dont les montants sont fixés en quantité, ouvrent droit au versement d'une avance pour chaque bon de commande dont le montant est supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution dépassant les deux mois.

Pour les marchés reconductibles :

- pour la période initiale : l'avance est de droit si le montant correspondant à la période initiale est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution de cette période est supérieur à deux mois ;
- pour chaque reconduction, l'avance est de droit si le montant correspondant à la reconduction concernée est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution de cette période de reconduction est supérieur à deux mois.

I.2. Comment calcule-t-on le montant de l'avance ?

Le montant de l'avance est calculé par application d'un pourcentage forfaitaire à l'assiette constituée par le montant total des prestations. Il est fixé, par l'article 87 du CMP, à au moins 5% (v. point 2.2 sur les taux majorés).

Ce montant varie, en outre, en fonction de la durée d'exécution du marché, selon qu'elle excède ou non 12 mois.

Pour les marchés reconductibles, le montant de l'avance est calculé en appliquant le pourcentage forfaitaire à l'assiette constituée :

- pour la période initiale : du montant correspondant à la période initiale ;
- pour chaque reconduction, du montant correspondant à la reconduction concernée.

I.2.1. Les marchés « ordinaires » (art. 87 II 1° du CMP)

a) pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à 12 mois, le montant de l'avance est de 5 % du montant initial TTC du marché (v. exemple n° 1 en annexe) ;

b) pour les marchés d'une durée supérieure à 12 mois, le montant de l'avance est égal à 5 % de la somme égale à 12 fois le montant initial TTC du marché divisé par la durée du marché exprimée en mois (v. exemple n° 2 en annexe).

I.2.2 Les marchés à tranches (art. 87 II 1° du CMP)

a) si la durée de la tranche ferme ou de la tranche affermie est inférieure ou égale à 12 mois, le montant de l'avance est de 5 % du montant initial TTC de la tranche en cause (v. exemple n° 3 en annexe) ;

b) si la durée de la tranche ferme ou de la tranche affermie est supérieure à 12 mois, le montant de l'avance s'élève à 5 % de la somme égale à 12 fois le montant initial TTC de la tranche en cause, divisée par la durée de cette même tranche exprimée en mois (v. exemple n° 4 en annexe).

⁷. Sous réserve de la règle des 12 mois précisée au point 1.2.



1.2.3 Les marchés à bons de commande (art. 87 II 2° et 3° du CMP)

Doivent être distingués les marchés à bons de commande conclus avec un montant minimum de ceux conclus sans montant minimum, ni maximum, ou dont le montant est fixé en quantité.

a) pour les marchés d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée inférieure ou égale à 12 mois, le montant de l'avance est de 5% du montant minimum du marché (v. exemple n° 5 en annexe) ;

b) pour les marchés d'un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT et une durée supérieure à 12 mois, le montant de l'avance est fixé à 5% de la somme égale à 12 fois le montant minimum du marché divisé par la durée du marché exprimé en mois (v. exemple n°6 en annexe).

c) pour les marchés conclus sans montant minimum, ni maximum, ou dont le montant est fixé en quantité :

– si la durée d'exécution du bon de commande est inférieure ou égale à 12 mois, le montant de l'avance est fixé à 5% du montant TTC du bon de commande en cause (v. exemple n° 7 en annexe) ;

– si la durée d'exécution du bon de commande est supérieure à 12 mois, le montant de l'avance s'élève à 5% de la somme égale à 12 fois le montant du bon de commande divisée par la durée du bon de commande exprimée en mois (v. exemple n° 8 en annexe).

1.2.4. Les marchés « mixtes »

Pour les marchés qualifiés de mixtes⁸, c'est-à-dire comportant des prestations sur bon de commande à prix unitaire et des prestations forfaitaires :

– l'avance relative à la partie « prix forfaitaire » est calculée conformément au a) du 1.2.1 ci-dessus pour les prestations forfaitaires d'une durée inférieure ou égale à 12 mois ou conformément au b) du 1.2.1 ci-dessus pour les prestations d'une durée supérieure à 12 mois

– l'avance relative à la partie « bon de commande à prix unitaire » est calculée conformément aux a), b) ou c) du 1.2.3 ci-dessous, selon le cas.

2. Les avances non obligatoires

Le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir une avance pour les marchés qui ne remplissent pas les conditions fixées à l'article 87 du CMP. Il peut, également, majorer le taux minimal de 5% dans les conditions prévues au III de l'article 87 du CMP.

2.1. La possibilité de verser une avance lorsque les conditions de l'article 87 ne sont pas réunies

Le V de l'article 87 du CMP dispose que le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où celle-ci n'est pas obligatoire, par exemple pour les marchés dont le mon-

8. Pour plus d'informations sur les conditions de recours au marché « mixte » : *Conseil d'Etat, 29 octobre 2010, Syndicat mixte d'Assainissement de la Région Ouest de Versailles*, n°340212.

tant minimum est inférieur à 50 000 euros HT. Le taux et les modalités de versement de l'avance sont alors précisés dans le marché.

L'octroi de cette avance permet, en particulier, de susciter une concurrence plus large grâce aux candidatures de petites entreprises hésitant à soumissionner, eu égard au besoin de trésorerie que pourrait entraîner le marché.

2.2. La possibilité de majorer le taux de l'avance sous certaines limites et conditions

Le taux de 5% prévu par le CMP pour le calcul du montant des avances est le taux minimal obligatoire. L'acheteur peut, notamment lorsque le marché entraîne pour le titulaire de forts investissements préalables, prévoir une avance à un taux majoré. Le III de l'article 87 détermine les cas dans lesquels il peut être majoré.

2.2.1 Le taux peut être compris entre 5% et 30%

Conformément au III de l'article 87, l'acheteur public peut, s'il le souhaite, fixer un taux supérieur au taux minimal de 5%, mais sans pouvoir excéder 30% du montant du marché.

Lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30% du montant du marché, les collectivités territoriales peuvent conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande couvrant tout ou partie du remboursement de l'avance, sauf si le titulaire du marché est un organisme public (art. 89 du CMP). La garantie à première demande peut être remplacée par une caution personnelle et solidaire, si les parties en sont d'accord.

Cette possibilité offerte aux collectivités locales d'exiger une garantie pour le versement d'une avance inférieur à 30% du montant du marché ne s'applique pas à l'Etat.

2.2.2 Le taux peut être supérieur à 30%, dans la limite de 60%

L'avance peut être portée à un maximum de 60%, à la condition impérative que l'entreprise qui en bénéficie constitue une garantie à première demande garantissant la totalité du montant préfinancé (art. 90 du CMP).

Cette obligation ne s'applique pas :

- si le titulaire du marché est un organisme public ;
- pour les marchés passés pour les besoins de la défense pour lesquels l'obligation de constituer une garantie peut être supprimée ou aménagée par arrêté conjoint du ministre chargé de la défense et du ministre chargé de l'économie.

3. Le régime juridique de l'avance

3.1. L'avance doit être prévue par les documents contractuels et ses éléments constitutifs sont intangibles

L'avance, ainsi que ses éléments constitutifs, doivent être prévus par les documents contractuels. Il est conseillé de faire mention de l'avance et de ses éléments constitutifs, dès l'avis d'appel public à la concurrence (dans la rubrique « Modalités essentielles de financement et de paiement »), afin de garantir une parfaite information des candidats potentiels.



Le pouvoir adjudicateur doit être d'autant plus attentif à ces clauses que le CMP s'oppose à ce qu'elles puissent faire l'objet de modifications par avenant (art. 87-III) ou que le montant de l'avance soit affecté par une clause de variation des prix (art. 87-II).

Par conséquent, l'acheteur public doit, dès l'élaboration des documents contractuels, prévoir la possibilité de verser une avance au titulaire, ainsi que ses modalités de calcul et de remboursement.

De plus, dès le stade de la rédaction des pièces du marché, la personne publique doit évaluer au plus près le coût de ses besoins afin d'affecter un taux proportionné avec le montant du marché. Un taux trop faible aurait pour conséquence de priver l'avance de son rôle de préfinancement.

Cette évaluation est essentielle concernant les marchés à bons de commande conclus pour un montant minimum supérieur à 50.000 euros HT, car l'assiette de calcul de l'avance est basée sur ce montant minimum estimé par l'acheteur public en amont de la consultation.

3.2. Le titulaire peut renoncer au bénéfice de l'avance

Le titulaire peut refuser le bénéfice de l'avance, même pour une avance obligatoire. Cette faculté de renonciation relève de la liberté du titulaire. Elle ne peut en aucun cas résulter de pressions de la part du pouvoir adjudicateur et de telles pratiques doivent être prohibées.

La rubrique B4 du formulaire DC3 « Acte d'engagement » permet au candidat d'indiquer s'il renonce ou non au bénéfice de l'avance. En cochant la case « oui », le candidat refuse le versement de l'avance. En cochant la case « non », le candidat accepte le versement de l'avance.

Le titulaire, qui a renoncé à l'avance lorsqu'il a soumissionné à un marché public, peut toujours se raviser et demander ultérieurement à percevoir cette avance. Dans ce cas, si la demande est antérieure à la notification du marché, la modification peut faire l'objet d'une mise au point. Si elle est postérieure, un avenant doit être conclu.

Lorsque le marché ne prévoit pas les modalités de remboursement de l'avance, aucune avance ne pourra plus être versée lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 65% du montant du marché. En effet, à ce stade d'avancement du marché, le remboursement de l'avance doit commencer conformément aux dispositions du II de l'article 88.

De même, aucune avance ne pourra être versée lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire aura atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre du marché (v. point 3.4).

3.3. Les modalités de versement de l'avance

Conformément à l'article 98⁹ du CMP, l'avance doit être versée à son bénéficiaire dans un délai de 30 jours (50 jours pour les établissements de santé et les établissements du service de santé des armées) à compter du commencement d'exécution des prestations. Ce délai constitue un maximum, mais peut être réduit à la discrétion du pouvoir adjudicateur.

9. « Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder :
1° 30 jours pour les services de l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception de ceux mentionnés au 2°, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ;
2° 50 jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ».

Le III de l'article 2 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique précise les modalités de versement de l'avance¹⁰.

Lorsque le marché ne conditionne pas le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire, le délai de paiement de l'avance court à compter de la date de notification de l'acte emportant commencement d'exécution des prestations (par exemple la date de notification de l'ordre de services fixant le démarrage des travaux) ou à défaut, de la date de notification du contrat.

Lorsque le versement de l'avance est subordonné à la constitution d'une garantie à première demande, ou d'une caution personnelle et solidaire, le délai global de paiement ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution. Il court à compter de la réception des justificatifs prévus au marché pour le versement de cette avance. En cas de dépassement du délai de paiement de l'avance, le titulaire a droit, sans qu'il ait à les demander, au versement des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement de 40 euros¹¹.

3.4. Le remboursement de l'avance.

L'avance ne constitue pas un paiement définitif par l'acheteur public.

L'avance versée s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché, par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde (art. 88 du CMP).

Si le pouvoir adjudicateur a omis de préciser dans le marché les modalités de remboursement de l'avance, le remboursement, effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire, commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché atteint ou dépasse 65% du montant du marché.

Le remboursement complet de l'avance doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre du marché.

4. Le régime de l'avance accordée aux membres d'un groupement et aux sous-traitants

4.1. L'avance versée aux membres d'un groupement.

Lorsque le titulaire est un groupement d'entreprises, le droit à l'avance s'apprécie par rapport au montant total du marché, de la tranche ou du bon de commande et non par rapport au montant de la part des prestations devant être exécutées par chacun de ses membres.

Lorsque le marché est attribué à un groupement d'opérateurs économiques au sein duquel il est possible d'individualiser les prestations respectives de chaque membre

¹⁰. V. également le point 4.2 de la fiche technique « *Les délais de paiement dans les contrats de la commande publique* ».

¹¹. Cf. articles 7 à 9 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.



ainsi que leur montant, le pouvoir adjudicateur verse la part de l'avance revenant à chacune des entreprises.

A défaut d'une telle identification, l'avance est versée sur le compte du groupement ou du mandataire commun qui aura la charge de la répartir entre les membres du groupement.

Lorsqu'une garantie à première demande est exigée pour l'obtention de l'avance, l'article 102 du CMP relatif aux garanties prévoit deux cas de figure :

- lorsque le titulaire est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour la totalité de l'avance ;
- lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre fournit une garantie correspondant à l'avance qui lui est consentie. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire, il peut constituer la garantie à première demande pour la totalité de l'avance.

4.2. L'avance versée aux sous-traitants (art. I 15 2°)

Dès lors que le marché prévoit le versement d'une avance, les sous-traitants agréés bénéficiant du paiement direct sont également en droit d'en bénéficier sur leur demande.

La rubrique G « Conditions de paiement » du DC4 « Déclaration de sous-traitance » permet au sous-traitant d'indiquer s'il demande ou non à bénéficier de l'avance. En cochant la case « non », le sous-traitant refuse le versement de l'avance. En cochant la case « oui », le sous-traitant accepte le versement de l'avance.

Le renoncement au bénéfice de l'avance par le titulaire du marché ne fait pas obstacle à ce que ses sous-traitants en obtiennent le versement.

4.2.1 Droit à l'avance du sous-traitant

Les conditions de l'octroi de droit de l'avance du sous-traitant sont identiques à celles du titulaire (v. 1.1. ci-dessus).

L'avance du sous-traitant est de droit si le montant total du marché, et non le seul montant des prestations sous-traitées, est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution du marché est supérieur à 2 mois.

4.2.2 Calcul de l'avance du titulaire et du sous-traitant

En cas de sous-traitance, le montant de l'avance est calculé en appliquant les différentes hypothèses prévues au 1.2 ci-dessus. Est prise comme base l'assiette ainsi déterminée (v. exemples n° 9 et 10 en annexe) :

- pour le titulaire : l'assiette de l'avance constitue le montant des prestations qu'il exécute en propre ainsi que le montant des prestations sous-traitées mais qui ne font pas l'objet d'un paiement direct. Elle ne comprend en revanche pas le montant des prestations sous-traitées qui font l'objet d'un paiement direct ;
- pour le sous-traitant agréé bénéficiant du paiement direct : l'assiette de l'avance correspond au montant des prestations qui lui sont sous-traitées, telles qu'elles figurent dans le marché ou dans l'acte spécial de sous-traitance¹².

12. L'avance versée au sous-traitant est calculée sur la base d'un montant TTC, même lorsque les prestations sous-traitées entrent dans le champ d'application du dispositif d'autoliquidation de la TVA sur les travaux de construction (cf. Foire aux questions sur l'auto-liquidation de la TVA sur les travaux de construction).

En cas d'agrément des sous-traitants antérieurement à la notification du marché, les sommes versées aux sous-traitants à titre d'avance doivent donc être déduites de l'assiette servant de base de calcul à l'avance du titulaire.

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance, sous-traite une part de celui-ci postérieurement à la notification du marché, il doit rembourser la fraction de l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées, alors même que le sous-traitant ne peut ou ne souhaite pas en bénéficier (art. 115 2° , al 6). Le remboursement par le titulaire s'impute alors sur les sommes qui lui sont dues dès la notification de l'acte spécial (art. 115 2°, al 7) : v. exemple n° 11 en annexe.

4.2.3 Modalités de remboursement de l'avance du sous-traitant.

Dans le cas où une avance a été consentie à un sous-traitant, le remboursement s'effectue selon des modalités identiques à celles prévues pour le titulaire du marché (art. 115 2° du CMP) : v. point 3.4.



Annexe – Exemples de calcul du montant de l'avance¹³

Marché exécuté par un seul titulaire

- *Exemple 1* : marché « ordinaire » d'une durée inférieure ou égale à 12 mois :
 Montant du marché = 150 000 euros TTC
 Durée du marché : 6 mois
 Montant de l'avance = $150\,000 \times (5/100) = 7\,500$ euros
- *Exemple n° 2* : marché « ordinaire » d'une durée supérieure à 12 mois :
 Montant du marché = 150 000 euros TTC
 Durée du marché : 20 mois
 Montant de l'avance = $[(12 \times 150\,000) / 20] \times (5/100) = 4\,500$ euros
- *Exemple n° 3* : marché à tranches dont la tranche (ferme ou conditionnelle affermie) est d'une durée inférieure ou égale à 12 mois :
 Montant de la tranche = 150 000 euros TTC
 Durée de la tranche : 9 mois
 Montant de l'avance = $150\,000 \times (5/100) = 7\,500$ euros
- *Exemple n° 4* : marché à tranches dont la tranche (ferme ou conditionnelle affermie) est d'une durée d'exécution supérieure à 12 mois :
 Montant de la tranche = 150 000 euros TTC
 Durée de la tranche : 18 mois
 Montant de l'avance = $[(12 \times 150\,000) / 18] \times (5/100) = 5\,000$ euros
- *Exemple n° 5* : marché à bons de commande dont le montant minimum HT est supérieur à 50 000 euros et d'une durée inférieure ou égale à 12 mois :
 Montant minimum du marché = 150 000 euros TTC
 Durée du marché : 8 mois
 Montant de l'avance = $150\,000 \times (5/100) = 7\,500$ euros
- *Exemple n° 6* : marché à bons de commande dont le montant minimum HT est supérieur à 50 000 euros et d'une durée supérieure à 12 mois :
 Montant minimum du marché = 150 000 euros TTC
 Durée du marché : 30 mois
 Montant de l'avance = $[(12 \times 150\,000) / 30] \times (5/100) = 3\,000$ euros
- *Exemple n° 7* : marché à bons de commande sans minimum ni maximum ou dont le montant est fixé en quantité et d'une durée inférieure ou égale à 12 mois :
 Montant du bon de commande = 70 000 euros TTC
 Durée d'exécution du bon de commande : 3 mois
 Montant de l'avance = $70\,000 \times (5/100) = 3\,500$ euros
- *Exemple n° 8* : marché à bons de commande sans minimum ni maximum ou dont le montant est fixé en quantité et d'une durée supérieure à 12 mois :
 Montant du bon de commande = 70 000 euros TTC
 Durée d'exécution du bon de commande : 24 mois
 Montant de l'avance = $[(12 \times 70\,000) / 24] \times (5/100) = 1\,750$ euros

13. Tous les exemples sont construits avec comme hypothèse de calcul de l'avance un taux de 5%.

Marché exécuté par un titulaire et un sous-traitant agréé bénéficiaire du paiement direct

- *Exemple n° 9* : marché ordinaire d'une durée inférieure ou égale à 12 mois dont une partie est sous-traitée avant la notification du marché :

Montant du marché = 60 000 euros TTC

Durée du marché : 10 mois

Part sous-traitée = 15 000 euros TTC

Montant de l'avance du titulaire = $(60\,000 - 15\,000) \times (5/100) = 2\,250$ euros

Montant de l'avance du sous-traitant = $15\,000 \times (5/100) = 750$ euros

- *Exemple n° 10* : marché ordinaire d'une durée supérieure à 12 mois dont une partie est sous-traitée avant la notification du marché :

Montant du marché = 60 000 euros TTC

Durée du marché : 24 mois

Part sous-traitée = 15 000 euros TTC

Montant de l'avance du titulaire = $[(12 \times (60\,000 - 15\,000)) / 24] \times (5/100) = 1\,125$ euros

Montant de l'avance du sous-traitant = $[(12 \times 15\,000) / 24] \times (5/100) = 375$ euros

- *Exemple n° 11* : marché ordinaire d'une durée inférieure ou égale à 12 mois dont une partie est sous-traitée postérieurement à la notification du marché :

Montant du marché = 60 000 euros TTC

Durée du marché : 10 mois

Part sous-traitée postérieurement à la notification du marché = 15 000 euros TTC

Montant de l'avance initiale versée au titulaire = $60\,000 \times (5/100) = 3\,000$ euros

Régularisation de l'avance suite à la sous-traitance d'une partie du marché :

Nouveau montant de l'avance du titulaire = $(60\,000 - 15\,000) \times (5/100) = 2\,250$ euros

Montant de l'avance remboursé par le titulaire = $3\,000 - 2\,250 = 750$ euros



FICHE 3 2

Les acomptes

I. La procédure de versement des acomptes au titulaire du marché

I.1. Le paiement des acomptes constitue un droit pour le titulaire du marché

Conformément aux dispositions de l'article 91 du code des marchés publics, les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes. L'acompte rémunère un service fait¹.

Pour que le mandatement d'un acompte soit possible, il faut donc non seulement que les prestations correspondantes soient réalisées, mais encore que le marché ait été notifié² et qu'un décompte soit produit³. Ainsi, l'article 97 du code des marchés publics précise que les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu, notamment, à versement d'acomptes, sont constatées par un écrit établi par le pouvoir adjudicateur ou vérifié et accepté par lui.

Dès lors que les conditions précitées sont remplies, le versement d'acomptes constitue un droit pour le titulaire du marché. Lorsque le marché fait l'objet d'un contrat écrit, celui-ci doit prévoir le versement d'acomptes et en indiquer ses conditions, notamment la périodicité des versements.

Les clauses de révision stipulées par le marché sont applicables aux acomptes⁴.

Le montant des acomptes ne doit en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. En cas de trop-perçu, le pouvoir adjudicateur est en droit d'en demander le remboursement. Le versement d'acomptes mensuels ne fait ainsi pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur demande, lors du décompte des travaux faisant suite à la résiliation du marché, le remboursement d'un trop perçu à raison des prestations non exécutées⁵.

Les sous-traitants bénéficiant du paiement direct ont également droit au paiement d'acomptes. A cet effet, ils adressent au titulaire leur demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur.

I.2. La périodicité du versement doit être prévue par les documents contractuels

Les modalités de versement des acomptes doivent être prévues au contrat. Elles constituent des modalités essentielles de paiement⁶ et ne peuvent, dès lors, être modifiées en cours d'exécution du marché.

1. Point 21.3 du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.
2. CE, 17 novembre 1982, *Commune de Font-Romeu*, n°09266.
3. CE, 13 juin 2003, *Commune de Dampleux*, n°238099.
4. Guide « *Le prix dans les marchés publics* », avril 2013, p.34.
5. CAA Nancy, 23 avril 2012, *Société SAS Amocle*, n°11NC01278.
6. Guide « *Le prix dans les marchés publics* », avril 2013, p.71.

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise au sens de l'article 48 du code des marchés publics, une société coopérative ouvrière de production, un groupement de producteurs agricoles, un artisan, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés de travaux. Pour les marchés de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire.

Les documents contractuels peuvent prévoir des paiements échelonnés dans le temps en fonction de phases d'exécution prédéterminées dans le marché⁷.

Le mécanisme des acomptes constitue l'un des instruments dont dispose le pouvoir adjudicateur pour encourager les petites et moyennes entreprises à se porter candidates aux marchés publics⁸. Dans cette perspective, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans le marché public des modalités plus favorables pour le titulaire (courte périodicité, calendrier préétabli et régulier, simplicité de la procédure) que celles prévues par le code des marchés publics et les cahiers des clauses administratives générales (CCAG).

Ces modalités peuvent également permettre aux candidats de présenter des prix plus avantageux. De telles stipulations sont favorables à la trésorerie du cocontractant et permettent également une bonne exécution du marché⁹.

1.3. Une retenue de garantie peut être prélevée sur les acomptes

Lorsque le marché prévoit un délai de garantie, une retenue de garantie est prélevée sur les acomptes versés au titulaire du marché. Elle peut être remplacée, au gré du titulaire, par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire. Cette substitution est possible pendant toute la durée du marché, dans le respect des dispositions du dernier alinéa de l'article 102 du code des marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur ne peut, sans méconnaître l'article 101 du code des marchés publics, retenir une somme représentant plus de 5% du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. Il en va ainsi lorsqu'il fixe, dans les documents contractuels, un plafond au versement des acomptes. Ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur prévoit que le montant total des acomptes ne peut excéder 85% du montant du marché, cela aboutit à retenir une somme supérieure à 5% du montant du marché.

Au moment de l'établissement du décompte général et définitif du marché, et au plus tard à l'expiration du délai de garantie, le pouvoir adjudicateur décide de la suite à donner à la garantie. S'il s'agit d'une retenue de garantie, le pouvoir adjudicateur :

- soit la libère, si le marché n'a fait l'objet d'aucune réserve à la réception et pendant le délai de garantie, ou si ces réserves ont été levées ;
- soit la conserve en tout ou en partie, si les réserves exprimées n'ont pas été suivies de remise en l'état.

Au moment de l'établissement du décompte général et définitif du marché et au plus tard à l'expiration du délai de garantie, le pouvoir adjudicateur décide de la suite à donner à la garantie

7. Réponse ministérielle n°98513, JOAN du 10 octobre 2006, p.10667.

8. Réponse ministérielle n°48311, JOAN du 19 août 2014, p.7020.

9. Guide « *Le prix dans les marchés publics* » précité, p.71-72.



S'il s'agit d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire, celle-ci cesse de produire des effets un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie, sauf en cas de réserves dûment notifiées aux établissements ayant accordé leur garantie ou leur caution. Si les éventuelles réserves n'ont pas été levées avant l'expiration du délai de garantie, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée par mainlevée délivrée par le pouvoir adjudicateur.

1.4. La procédure prévue par les CCAG Travaux, Fournitures courantes et services et Propriété intellectuelle

1.4.1. Pour les marchés de travaux

Les modalités de calcul et de paiement des acomptes dans le cadre d'un marché public de travaux sont prévues par l'article 13.2 du CCAG « Travaux ». Le paiement des acomptes est effectué sur la base du décompte mensuel à partir duquel est établi un état d'acompte mensuel. En cas de désaccord, le représentant du pouvoir adjudicateur règle les sommes admises par le maître d'œuvre.

Dans le cas où le titulaire inclut dans sa demande d'acompte les sommes à verser au titre du paiement direct à son sous-traitant, il lui appartient de procéder au paiement du sous-traitant afin d'éteindre la créance née de la réalisation des travaux¹⁰.

1.4.2. Pour les marchés de fournitures courantes et de services

Les articles 11.2 et 11.5.2 du CCAG « Fournitures courantes et services » précisent les modalités de calcul et de paiement des acomptes dans le cadre de ces types de marchés. Les acomptes font l'objet d'une demande de paiement qui doit comprendre des éléments précis (article 11.5.2). Lorsque le marché fixe uniquement la périodicité des acomptes, le montant de chacun d'eux est déterminé par le pouvoir adjudicateur sur la base du descriptif produit par le titulaire des prestations effectuées et de leur montant.

1.4.3. Pour les marchés de prestations intellectuelles

L'article 11.2 du CCAG « Prestations intellectuelles » précise les modalités de calcul et de paiement des acomptes. De la même manière que les marchés de services et de fournitures courantes, les acomptes font l'objet d'une demande de paiement qui doit comprendre des éléments précis (article 11.5.2). Lorsque le marché fixe uniquement la périodicité des acomptes, le montant de chacun d'eux est déterminé par le pouvoir adjudicateur sur la base du descriptif produit par le titulaire des prestations effectuées et de leur montant.

Les honoraires correspondant à chaque élément d'étude peuvent être versés, sauf stipulations contraires prévues dans le marché, au fur et à mesure de leur livraison au maître d'ouvrage. Ces paiements ne doivent pas être confondus avec les règlements partiels définitifs auxquels peut prétendre le titulaire au titre de l'article 11.8 du CCAG « Prestations intellectuelles ».

10. CE, 3 novembre 1989, *SA Jean Michel*, n°54778 ; pour une application en matière de demande d'acompte, CAA Bordeaux, 23 novembre 2010, *Commune de Floirac*, n°09BX00940.

2. Le paiement des acomptes doit respecter le délai de paiement applicable au pouvoir adjudicateur

Conformément aux dispositions de l'article 37 de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, les sommes dues par un pouvoir adjudicateur en exécution d'un marché public sont payées, en l'absence de délai prévu au contrat, dans un délai fixé par décret qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs. Ce délai est de 30 jours pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Il est de 50 jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées et de 60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui sont des entreprises publiques, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux¹¹.

Lorsque le marché public prévoit un délai de paiement, ce dernier ne peut excéder les délais précités.

Le retard de paiement d'un acompte fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement ou l'échéance prévue au contrat et au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement¹².

En revanche, le retard dans le paiement des acomptes, notamment lorsqu'ils sont de faible montant et que ce retard ne rend pas impossible la poursuite de l'exécution des prestations, n'autorise pas le titulaire à interrompre cette exécution¹³.

Dans le cadre d'un marché public de travaux, les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire dus en raison du retard de paiement d'un acompte sont un élément du décompte général du marché. Lorsque les acomptes sont inclus dans le solde général, les intérêts moratoires afférents à ces acomptes ne peuvent plus donner lieu à contestation lorsque le décompte général devient définitif¹⁴.

Alors même que le décompte général et définitif n'est pas établi, le titulaire peut demander au juge des référés le versement d'une provision représentative de tout ou partie du montant des acomptes auxquels il a droit et que le pouvoir adjudicateur ne lui a pas versés¹⁵. La créance doit cependant pouvoir être regardée par le juge comme non sérieusement contestable. Tel n'est pas le cas lorsque le débiteur de cette créance ne peut pas être déterminé avec certitude¹⁶ ou lorsque le pouvoir adjudicateur a notifié une décision prononçant des pénalités de retard à l'encontre du titulaire du marché¹⁷.

11. Article 1^{er} du décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

12. Voir la fiche technique « *Les délais de paiement dans les contrats de la commande publique* ».

13. CE, 15 avril 1988, *Société entreprise Hypotra*, n°52618.

14. CE, 28 septembre 2001, *Entreprise de construction et de prestations de service*, n°213395 ; CE, 26 janvier 2007, *société Baudin-Châteauneuf*, n°256819.

15. CE, 3 décembre 2003, *Société Bernard Travaux Polynésie*, n°253748.

16. *Ibid.*

17. CE, 2 avril 2004, *Société Imhoff*, n°257392 ; CE, 14 octobre 2005, *Département de la Seine-Maritime*, n°275066.



3. Le paiement du dernier acompte et le solde du marché

Aucune disposition n'interdit à l'acheteur public de régler par acomptes successifs la totalité d'un marché, au fur et à mesure de son exécution. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que le cumul des sommes versées au titre des acomptes atteigne le montant du marché, diminué, le cas échéant, du montant de la retenue de garantie et des pénalités, dès lors que les prestations correspondantes ont été réalisées.

La demande de paiement du dernier acompte, transmise à la personne désignée au marché (pouvoir adjudicateur ou maître d'œuvre), doit être traitée conformément aux dispositions de l'article 98 du code des marchés publics, fixant le délai global de paiement.

Le paiement du dernier acompte ne saurait être assimilé au règlement du solde du marché¹⁸. En effet, le paiement de l'ensemble du marché dans le cadre d'acomptes ne saurait toutefois dispenser le pouvoir adjudicateur de procéder aux opérations de « clôture » du marché, en particulier de procéder aux opérations de réception, qui font courir le délai de garantie et, s'il s'agit d'un marché de travaux, d'établir le décompte général et définitif, qui peut donner lieu à un solde nul, positif ou négatif.

18. Réponse ministérielle n°16948, JO Sénat du 15 septembre 2005, p.2357.

FICHE **3 3****La cession de créances issues d'un marché public**

Le titulaire d'un marché public ou son sous-traitant¹ accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées² peut céder la créance qu'il détient sur un pouvoir adjudicateur à un établissement de crédit ou à un fournisseur pour obtenir des liquidités ou des fournitures. La mise en œuvre des dispositions du code des marchés publics doit être associée à l'application des régimes de cession de créance prévus par le code civil ou le code monétaire et financier. La présente fiche détaille, pour chacun des modes de cession de créance (cession ordinaire ou cession Dailly), la procédure de cession et ses conséquences juridiques pour un marché public.

1. Quelles créances peuvent faire l'objet d'une cession ?

En principe, les personnes publiques ne paient les prestations qu'après service fait. Or, les titulaires d'un marché public ou leurs sous-traitants doivent engager des dépenses (matériel, personnel, etc.). Ils peuvent alors céder tout ou partie des créances pour obtenir des fournitures ou des liquidités.

Ils ne peuvent céder que les créances qu'ils détiennent en propre sur le pouvoir adjudicateur. Le titulaire ne peut pas céder une partie sous-traitée du marché (article 107 du code des marchés publics)³. Par exemple, le titulaire d'un marché sous-traité à hauteur de 30% pourra céder 70% du montant du marché. Le sous-traitant accepté pourra quant à lui céder sa propre créance qui équivaut à 30% du montant du marché.

2. Quels sont les différents modes de cession ?

La cession de créance résultant de l'exécution d'un marché public peut être opérée sous deux régimes juridiques distincts :

– la cession de créance de droit commun, dont le régime est défini aux articles 1689 et suivants du code civil ;

1. Les sous-traitants acceptés et dont les conditions de paiement ont été agréées bénéficient du paiement direct.

2. Article 117 du code des marchés publics.

3. Le comptable suspend le paiement en cas de cession de créance totale dans le cadre d'un marché sous-traité si les pièces justificatives (article 114-3° du code des marchés publics) prouvant que la cession ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ne lui sont pas fournies.

– la cession de créance « Dailly », dont le régime est défini par les articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier⁴.

La cession de créance de droit commun est plus complexe à mettre en œuvre et plus coûteuse que la cession de créance Dailly, car elle nécessite de signifier la cession par huissier de justice au comptable public.

La cession de créance Dailly bénéficie d'un formalisme allégé : la cession s'opère par simple bordereau et est notifiée au comptable public par lettre recommandée avec accusé de réception.

Très utilisée dans le cadre des marchés publics, la cession Dailly est réservée aux cessions de créance à des établissements de crédit. Le titulaire d'un marché public peut également payer un fournisseur en lui cédant la créance née du marché⁵. Dans ce cas, la cession doit être réalisée selon la procédure prévue par le code civil.

3. Quelle est la procédure de cession de créance ?

Les procédures des deux modes de cession de créance sont prévues respectivement par le code civil et le code monétaire et financier. Les articles 106 et suivants du code des marchés publics apportent des précisions sur la cession de créance.

Le titulaire ou le sous-traitant (le *cédant*) cède la créance qu'il détient sur le pouvoir adjudicateur (le *cédé*) à un établissement de crédit ou à un fournisseur (le *cessionnaire*).

3.1. La procédure de cession de créance de droit commun

La cession entre le titulaire du marché public ou le sous-traitant et le cessionnaire produit tous ses effets juridiques entre les parties à partir du moment où elles sont d'accord sur l'objet de la cession et son montant. Aucun formalisme n'est imposé. Lorsque le montant de la créance est supérieur à 1 500 euros, l'acte de cession doit néanmoins faire l'objet d'un écrit.

Le titulaire ou le sous-traitant accepté remet au cessionnaire l'exemplaire unique⁶ du marché ou un certificat de cessibilité⁷. L'exemplaire unique est remis par le pouvoir adjudicateur au titulaire ou au sous-traitant à sa demande⁸ et est établi TTC⁹. Cette obligation de remise de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité concerne tous les marchés, même passés selon une procédure adaptée¹⁰, dès lors que l'entreprise en fait la demande.

4. Créée par la loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises.

5. CAA Nancy, 9 janvier 2006, *Société Forbo Sarlino*, n°02NC00979.

6. L'exemplaire unique est une copie de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée par le pouvoir adjudicateur indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire. Il constitue une pièce justificative pour le paiement.

7. Le certificat de cessibilité doit être établi conformément au modèle défini par l'arrêté du 26 août 2006 relatif au certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics.

8. Article 106 du code des marchés publics.

9. Annexe 10 de l'instruction « Cession et nantissement de créances sur les personnes morales de droit public », n°07-019-B1-MO-M9 du 27 février 2007.

10. CE, 15 février 2008, *Société Fortis Banque*, n°277295.

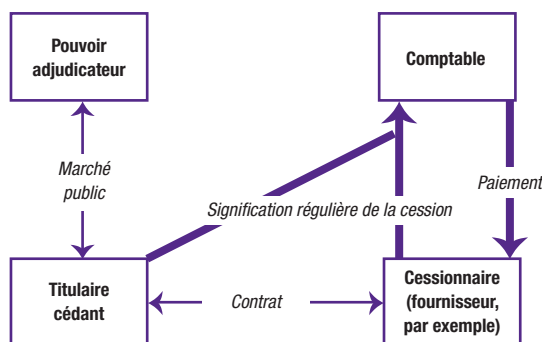


Le cédant ou le cessionnaire¹¹ signifie la cession de créance par huissier de justice au comptable assignataire¹².

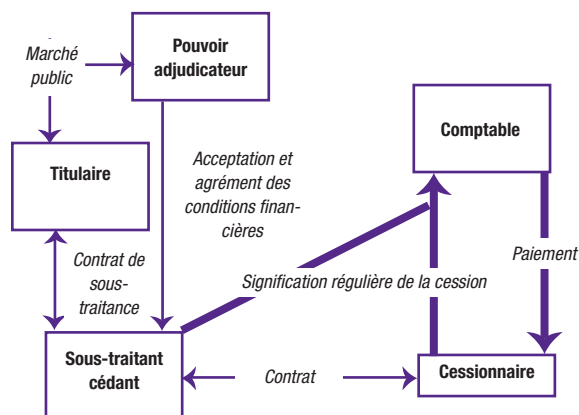
Pour procéder au paiement, le comptable doit disposer des pièces suivantes :

- la signification de la cession ;
- l'acte de cession lorsque le montant de la créance est supérieur à 1 500 euros ou, lorsque l'acte de cession n'a pas fait l'objet d'un écrit, tout élément nécessaire au contrôle du comptable ;
- l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité ;
- le cas échéant, l'attestation émanant du cessionnaire établissant que la cession ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant ou qu'elle a été réduite à due concurrence.

Cession de créance ordinaire par le titulaire



Cession de créance Dailly par un sous-traitant



3.2. La procédure de cession de créance Dailly

Le titulaire ou le sous-traitant régulier remet à l'établissement de crédit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité. L'acte de cession prend la forme d'un bordereau contenant obligatoirement les énonciations prévues à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier.

11. Article 1691 du code civil.

12. Article 107 du code des marchés publics.

Le cessionnaire notifie ensuite la cession au comptable assignataire désigné dans le marché¹³ par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen donnant date certaine. La preuve de la notification incombe au cessionnaire¹⁴.

Le comptable doit disposer de la notification de la cession et de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité¹⁵. Le comptable n'a pas à être destinataire du bordereau de cession, qui n'est pas une pièce justificative du paiement.

La notification doit comprendre des mentions obligatoires, prévues à l'article R. 313-17 du code monétaire et financier.

Les mentions obligatoires de la notification :

« Dans les conditions prévues par les articles L. 313-23 à L. 313-35 du code monétaire et financier, le titulaire du marché/le sous-traitant/le bénéficiaire de la facture ci-dessous désigné comme suit (raison sociale et adresse de l'entreprise cédante) :

"Nous a cédé/nanti en totalité/en partie par bordereau en date du... la (les) créance(s) suivante(s) :
Marché n°..."

2° L'indication de la commande, comme suit :

"Bon de commande n°..."

"Ordre de service n°... (préciser en cas de marché à commandes ou marchés de clientèle).

"Acompte ou facture..."

"Sous-traité n° (1)..."

"Lieu d'exécution..."

"Administration contractante..."

3° Le montant ou l'évaluation de la créance cédée ou nantie, comme suit :

"En cas de cession ou de nantissement total : montant ou évaluation :

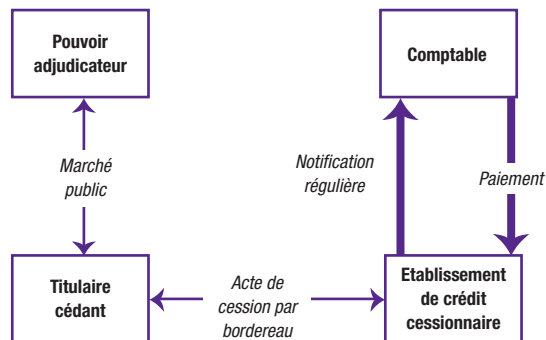
"En cas de cession ou de nantissement partiel, désignation de la part du marché ou du sous-traité : montant ou évaluation :

« Conformément aux dispositions de l'article L. 313-28, nous vous demandons de cesser, à compter de la réception de la présente notification, tout paiement au titre de cette (ces) créance(s) à... (raison sociale et adresse de l'entreprise cédante). »

4° Le mode de règlement, comme suit :

« En conséquence, le règlement des sommes revenant à l'entreprise ci-dessus devra être effectué à... (indication de la personne à l'ordre de laquelle il doit être effectué et du mode de règlement) » (article R. 313-17 du code monétaire et financier).

Cession de créance Dailly par le titulaire du marché public



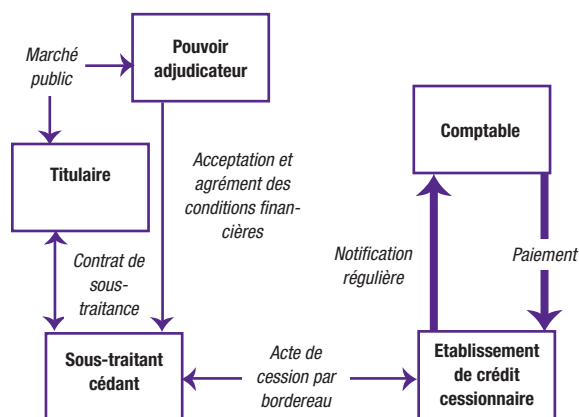
13. Voir la fiche technique « La désignation du comptable assignataire ».

14. Article R. 313-18 du code monétaire et financier.

15. CE, 6 décembre 1999, Ville de Marseille, n°189407.



Cession de créance Dailly par un sous-traitant



3.1. La cession de créance en cas de groupement

Le groupement momentané d'entreprises n'a pas de personnalité morale et donc chaque membre du groupement est détenteur d'une créance sur la personne publique à hauteur des prestations qu'il réalise.

Dans le cadre d'un marché attribué à un groupement conjoint, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité est délivré à chaque entreprise correspondant au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le cadre d'un marché attribué à un groupement solidaire, il est délivré aux membres du groupement qui en font la demande un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement lorsque les prestations réalisées ne peuvent être individualisées. Si les prestations sont individualisées, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité correspondant à la prestation qu'elle exécute est délivré à chaque entreprise. Dans cette hypothèse, l'existence d'un compte unique ne fait pas obstacle à la remise à chaque co-traitant d'un exemplaire unique cantonné à sa propre participation.

Lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà délivré un exemplaire unique au nom du groupement et qu'une modification des prestations en cours d'exécution aboutit à une individualisation des prestations, le pouvoir adjudicateur doit demander la restitution de l'exemplaire unique afin de le modifier. Il délivrera alors un exemplaire unique à chaque membre, à hauteur de la part des prestations qu'il réalise personnellement.

3.2. Les conséquences d'une erreur de procédure

La cession n'est pas opposable au pouvoir adjudicateur si les modalités prévues tant par le code des marchés publics que par le code civil ou le code monétaire et financier n'ont pas été respectées. Dans ce cas, le cessionnaire n'a pas droit au paiement de la créance par le comptable public¹⁶.

Tel est le cas, lorsque la cession est notifiée à l'ordonnateur et non au comptable¹⁷ ou lorsque la cession est notifiée à un comptable autre que le comptable assignataire¹⁸.

16. Cass. com. 4 décembre 2001, *Banque française de crédit coopératif*, n°99-12115.

17. CAA Nantes, 27 décembre 2002, *Caisse régionale de crédit maritime mutuel du Morbihan et de la Loire-Atlantique*, n°99NT00933.

18. CAA Bordeaux, 15 novembre 2007, *Compagnie générale d'affacturage*, n°05BX00069.

Cependant, si la notification est irrégulière, le cessionnaire n'est pas privé de son droit à paiement, qu'il devra exercer à l'encontre du titulaire ou du sous-traitant cédant payé par la personne publique contractante.

Lorsque le cessionnaire ne joint pas l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité lors de la notification, le comptable public ne peut pas procéder au paiement. Il importe donc de joindre cette pièce à la notification au comptable assignataire. Une régularisation ultérieure est néanmoins possible.

Lorsque le cessionnaire notifie la cession à l'ordonnateur et non pas au comptable, le pouvoir adjudicateur ne transmet pas cette notification au comptable¹⁹ : il doit en revanche inviter le cessionnaire à notifier la cession au comptable assignataire, pour que celle-ci produise ses effets (v. point 4.2).

4. Quelles sont les conséquences d'une cession de créance ?

4.1. La propriété de la créance est transmise au cessionnaire.

La cession de créance, contrairement au nantissement²⁰, opère un transfert de la propriété de la créance entre le cédant et le cessionnaire.

La cession de créance de droit commun s'opère par la remise du titre. Elle n'a cependant, jusqu'à sa signification au comptable assignataire, que des effets entre les parties²¹.

La cession de créance Dailly prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs²². Il reste que le comptable public ne pourra tenir compte de la créance que lorsqu'elle lui aura été notifiée.

4.2. La notification ou la signification de la cession interdit au comptable de payer le titulaire ou le sous-traitant cédant

Les mandats sont toujours émis à l'ordre du titulaire ou sous-traitant cédant, mais les paiements doivent être adressés au seul cessionnaire à compter de la notification ou de la signification régulière de la cession.

Le débiteur cédé ne se libère valablement qu'entre les mains du cessionnaire²³. Si le comptable public adresse un paiement au titulaire ou au sous-traitant cédant, ce paiement n'aura pas de caractère libératoire. Il est donc sans incidence sur l'obligation de verser les sommes au cessionnaire²⁴.

19. CAA Paris, 23 mai 1995, *Compagnie internationale de la banque*, n°93PA00321 ; CAA Nancy, 23 février 1995, *Ministre de la Défense*, n°93NCO0287.

20. Articles 2355 à 2366 du code civil.

21. Articles 1689 et 1690 du code civil.

22. Article L.313-27 du code monétaire et financier.

23. Cass. Com. 17 décembre 2013, n°12-26706.

24. CE, 19 mars 2001, *Région PACA*, n°207626.



Dans cette hypothèse, un double paiement devra intervenir (au cessionnaire et au cédant), sous réserve d'une éventuelle atténuation du fait de la responsabilité du cessionnaire, par exemple s'il a omis pendant plusieurs mois de notifier la cession²⁵, ou s'il a été invité à le faire par l'ordonnateur.

Tant que la cession n'a pas été notifiée ou signifiée au comptable public, tout paiement effectué par celui-ci au cédant est libératoire.

4.3. Le cessionnaire a autant de droits que le cédant

Lors de la cession, la nature de la créance n'est pas modifiée, seul le créancier change. Le cessionnaire devient le titulaire exclusif de la créance.

La créance cédée se transmet avec ses accessoires²⁶, c'est-à-dire les intérêts moratoires, les révisions de prix, le remboursement des retenues de garantie, etc. Néanmoins, le titulaire ou le sous-traitant cédant et le cessionnaire peuvent prévoir des modalités conventionnelles spécifiques ou des réserves quant à certains de ces accessoires²⁷.

La cession de créance porte sur « les créances relatives au marché ». Elle couvre aussi les éventuelles reconductions. La personne publique délivre l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité pour le montant total du marché, reconductions comprises.

A la demande du titulaire ou du sous-traitant, le pouvoir adjudicateur peut délivrer ce document à hauteur des seules prestations prévues pour chaque période du marché.

Le cédant ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en détient²⁸. Les actes du titulaire ou du sous-traitant cédant, pendant l'exécution du marché public, restent donc opposables au cessionnaire. Dès lors, le pouvoir adjudicateur pourra opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution, comme il le ferait envers le titulaire ou le sous-traitant cédant : le cessionnaire ne sera pas payé en l'absence de service fait.

Le pouvoir adjudicateur poursuit l'exécution financière du marché avec le cessionnaire de la même façon qu'il l'aurait fait avec le cédant. Le remboursement de l'avance versée au titulaire doit ainsi être déduit du montant de la créance due au cessionnaire. Au contraire, l'avance, qui fait partie intégrante du marché, sera due au cessionnaire à compter de la notification ou de la signification régulière de la cession.

De même, les pénalités de retard imposées par le pouvoir adjudicateur s'imputent sur le montant de la créance due au cessionnaire. Ce dernier ne peut contester la prise en compte des pénalités de retard au motif qu'elles sont postérieures à la notification ou à la signification²⁹. Dans le cadre d'un marché de travaux, le cessionnaire ne peut prétendre à d'autres droits que ceux définis dans le décompte général et définitif³⁰.

En revanche, le pouvoir adjudicateur ne peut compenser la créance due au cessionnaire avec une créance qu'il détient sur le titulaire ou le sous-traitant cédant issue d'un autre marché public³¹.

25. CAA Paris, 31 janvier 2006, *Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Paris et d'Ile-de-France*, n°02PA00563.

26. Article 1692 du code civil et article L.313-27 du code monétaire et financier.

27. CAA Bordeaux, 30 décembre 2003, *Développement du transport en commun de la Réunion*, n°99BX01756.

28. CE, 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne-Atlantique*, n°151917 ; CE, 22 juillet 2009, *OPAC de la Sarthe*, n°300313.

29. CAA Paris, 28 avril 1992, *Banque française commerciale Antilles-Guyane*, n°90PA00015.

30. CAA Nantes, 5 février 1998, *Commune de Neuville-aux-Bois*, n°94NT00103.

31. CAA Paris, 11 juillet 2007, *UGAP*, n°04PA03492.

4.4. Les conflits entre cessionnaires

Une créance peut être cédée simultanément à plusieurs cessionnaires. La loi n'a pas prévu de priorité entre eux. Deux situations doivent être distinguées³².

– Lorsqu'une même créance a été successivement cédée à deux cessionnaires différents, la préférence doit être accordée au premier cessionnaire, qui sera donc le seul à recevoir la somme. La date de référence est la date de signification de la cession dans le cadre d'une cession de créance de droit commun et la date du bordereau de cession dans le cadre d'une cession de créance Dailly qui a été notifiée au comptable. Ce cas de figure se retrouve lorsque, par exemple, une créance est cédée en totalité puis partiellement à un autre cessionnaire sans mainlevée du premier cessionnaire pour la part commune. Le pouvoir adjudicateur doit veiller, afin que cela ne se produise pas, à ne délivrer qu'un seul exemplaire unique ou certificat de cessibilité par créance et à modifier les exemplaires uniques ou certificats de cessibilité déjà délivrés en cas de modification des prestations.

– Lorsqu'une créance est fractionnée et cédée partiellement à plusieurs cessionnaires, les sommes sont réparties au prorata des droits de chacun des créanciers³³. Le cédant peut toutefois accorder un droit de priorité à l'un des cessionnaires partiels.

4.5. Les modifications ultérieures à la cession

– Lorsque le titulaire cédant décide, postérieurement à la signification ou à la notification de la cession, de sous-traiter une partie du marché, le cessionnaire doit adresser au comptable public l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité modifié par l'ordonnateur, ou une mainlevée ou une attestation justifiant que la cession de créance par le titulaire concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ou que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible³⁴. Ces mêmes documents doivent être produits, lorsque la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants est modifiée en cours d'exécution.

En l'absence d'une attestation du cessionnaire ou d'une mainlevée, le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter les sous-traitants³⁵ et le paiement de ces sous-traitants n'est pas libératoire³⁶. Si la créance correspondant au prix de l'ensemble du marché a déjà été entièrement cédée à un établissement bancaire par le titulaire, le sous-traitant déclaré postérieurement ne peut être accepté et ses conditions de paiement agréées par le pouvoir adjudicateur pour bénéficier du droit au paiement direct³⁷.

– Dans le cadre d'une cession de créance Dailly, si un avenant diminue le volume des prestations, l'accord de l'établissement de crédit cessionnaire est obligatoire³⁸. En revanche, si un avenant augmente le volume des prestations, l'accord du cessionnaire n'est pas nécessaire. Si le titulaire ou le sous-traitant souhaite céder cette partie supplémentaire du marché – qui constitue une nouvelle créance –, un nouvel exemplaire unique lui sera remis et une cession complémentaire sera notifiée au comptable public.

32. Point 4.3 de l'instruction « Cession et nantissement de créances sur les personnes morales de droit public », n°07-019-B1-MO-M9 du 27 février 2007.

33. CE, 9 mai 2005, *Société Schüco International*, n°266060.

34. Article 114-3° du code des marchés publics.

35. CAA Lyon, 11 mai 2006, *Société Qualia*, n°01LY00279.

36. CAA Marseille, 30 mars 1999, *Cavalaire-sur-Mer*, n°96MA01493.

37. CAA Nantes, 25 janvier 2013, *SAS Mastellotto*, n°11NTO1912.

38. Article L.313-27 du code monétaire et financier.



– Lorsque le titulaire ou le sous-traitant cédant fait l'objet d'une procédure collective, la cession antérieure à cette procédure demeure opposable au pouvoir adjudicateur, si elle a fait l'objet d'une signification ou d'une notification régulière³⁹. La date de référence est la date de signification de la cession s'il s'agit d'une cession de créance de droit commun et la date du bordereau de cession s'il s'agit d'une cession de créance Dailly qui a été notifiée au comptable.

Lorsque le titulaire cédant en difficulté fait reprendre son marché, par un avenant de transfert, à une autre entreprise, seul le cessionnaire a droit au paiement, si la signification ou la notification de la cession a été régulière. En effet, la créance faisant désormais partie du patrimoine du cessionnaire, le repreneur, tout comme le titulaire cédant, n'a droit à aucun paiement⁴⁰.

– La créance cédée peut être transmise. La cession de créance Dailly ne peut cependant l'être qu'à un autre établissement de crédit⁴¹. Les modalités prévues pour la notification ou la signification de la cession de créance s'appliquent. Le nouveau cessionnaire devra signifier ou notifier la transmission du bordereau au comptable assignataire.

– Lorsque la créance qu'il détient sur le pouvoir adjudicateur a été cédée totalement par le titulaire ou le sous-traitant, ce dernier peut de nouveau céder partiellement cette créance, si le premier cessionnaire adresse au comptable une mainlevée rendant alors disponible cette fraction du marché.

4.6. Le droit à l'information du cessionnaire

En cours d'exécution du marché public, le cessionnaire peut demander au pouvoir adjudicateur certaines informations sur l'exécution du marché⁴². Il peut demander soit un état sommaire des prestations effectuées, dont l'évaluation n'engage pas le pouvoir adjudicateur, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché. Il peut, en outre, demander un état des avances et des acomptes mis en paiement. Une erreur dans cet état est susceptible d'engager la responsabilité pécuniaire de l'administration⁴³.

Le cessionnaire peut aussi demander au comptable public un état détaillé des oppositions au paiement de la créance qui lui a été cédée.

Le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer le cessionnaire, en même temps que le titulaire ou le sous-traitant cédant, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur la cession, sous réserve que le cessionnaire en fasse la demande par lettre recommandée avec accusé de réception.

4.7. Les possibles actions contentieuses du cessionnaire et du titulaire cédant

– La nullité du contrat ôte tout fondement contractuel à l'action contentieuse en paiement du cessionnaire. Toutefois, demeure possible une action sur le fondement quasi-contractuel pour enrichissement sans cause ou sur le fondement quasi-délictuel si la nullité du marché résulte d'une faute de l'administration. Dans cette dernière hypothèse, le pouvoir adjudicateur ne peut opposer l'irrégularité de la notification de la cession⁴⁴.

39. CAA Marseille, 24 mars 2011, *Ministre du budget*, n°09MA00350.

40. CE, 19 mars 2001, *Région PACA précité*.

41. Article L.313-26 du code monétaire et financier.

42. Article 109 du code des marchés publics.

43. CAA Bordeaux, 27 décembre 1995, *Banque Dupuy de Parseval*, n°94BX01134.

44. CAA Nantes, 29 juin 2001, *Crédit Lyonnais SA*, n°98NT01310, confirmé par CE, 7 avril 2004, *Commune de Cabourg*, n°239000.

La responsabilité de l'administration peut néanmoins être atténuée s'il est prouvé que la banque ne pouvait ignorer les irrégularités du marché⁴⁵.

Lorsque l'établissement bancaire cessionnaire, qui a régulièrement notifié la cession de créance Dailly, ne parvient pas à recouvrer cette créance auprès du pouvoir adjudicateur, il peut débiter le compte détenu par le titulaire cédant dans son établissement, en sa qualité de garant solidaire de son paiement en vertu de l'article L.313-24 du code monétaire et financier. Le titulaire cédant peut ensuite se retourner contre le pouvoir adjudicateur pour recouvrer le montant de la créance cédée⁴⁶.

5. L'acceptation de la cession par le pouvoir adjudicateur

5.1. L'objectif de l'acceptation

Lorsque le cessionnaire notifie de manière régulière au comptable assignataire la cession de créance, le comptable est tenu de payer directement le cessionnaire. Néanmoins, celui-ci n'a pas plus de droit que le cédant et il peut lui être opposé les exceptions d'inexécution et de compensation.

Au contraire, lorsque le pouvoir adjudicateur, sur demande du cessionnaire, accepte la cession de créance⁴⁷, une nouvelle obligation s'impose à lui : il s'engage à payer intégralement la banque ou le fournisseur, sans pouvoir lui opposer ses rapports avec le cédant.

Le pouvoir adjudicateur s'engage à payer un montant précis, qui ne peut pas être minoré. L'acceptation offre une garantie supplémentaire au cessionnaire dont la créance n'est plus future, mais d'un montant certain.

5.2. La procédure de l'acceptation

Il n'appartient pas au comptable public d'accepter une cession de créance. Seul le pouvoir adjudicateur, ordonnateur, peut l'accepter. Une délibération préalable de l'assemblée délibérante est nécessaire, lorsque le pouvoir adjudicateur est une collectivité territoriale⁴⁸.

La procédure d'acceptation est indépendante de la procédure de notification de la cession de créance. La cession de créance acceptée par le pouvoir adjudicateur lui est donc opposable, même si la notification de la cession au comptable public est irrégulière⁴⁹.

Dans le cadre d'une cession de créance de droit commun, l'acceptation de la cession de créance est réalisée par acte authentique.

Dans le cadre d'une cession de créance Dailly, l'engagement du pouvoir adjudicateur à payer directement le cessionnaire doit être constaté par un écrit intitulé « acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle ».

5.3. Les conséquences de l'acceptation

Lorsque la personne publique contractante accepte la cession, elle ne peut plus opposer au cessionnaire les exceptions fondées sur ses rapports avec le titulaire ou le sous-traitant

45. CAA Bordeaux, 9 juillet 2001, *Commune du Lamentin*, n°97BX01992.

46. CAA Marseille, 8 avril 2013, *Société Infotour*, n°10MA02598.

47. Article 1690 alinéa 2 du code civil et article L.313-29 du code monétaire et financier.

48. CE, 25 juin 2003, *Caisse centrale de crédit mutuel du Nord de la France*, n°240679.

49. *Ibid.*



cédant⁵⁰. Toutefois, dans le cadre d'une cession de créance Dailly, elle peut les opposer au cessionnaire qui, en acquérant ou recevant la créance, a agi sciemment au détriment de la personne publique.

Les exceptions d'inexécution ou la compensation ne sont donc plus opposables au cessionnaire dont la cession de créance a été acceptée par la personne publique. Par exemple, lorsque la cession de créance a été acceptée sans réserve, le cessionnaire sera payé même en l'absence de service fait et les pénalités de retard ne seront pas précomptées sur le montant de la créance.

Les conséquences d'une acceptation de cession de créances imposent la prudence. En effet, la personne publique peut refuser la cession de créance ou assortir son acceptation de conditions⁵¹, par exemple, par l'introduction dans l'acte d'acceptation d'une clause expresse de renonciation à l'exception d'inexécution.

50. Article 1295 du code civil et article L.313-29 du code monétaire et financier.

51. Cass. com. 2 juin 1992, *Société marseillaise de crédit*, n°90-18821 ; Conclusions sur CE, 25 juin 2003, *Caisse centrale de Crédit Mutuel du nord de la France*, n°240679.

FICHE **34****Les délais de paiement
dans les contrats de la commande
publique**

La loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (titre IV) et le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique transposent la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Ce dispositif constitue une étape importante de la modernisation des relations entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs fournisseurs :

– il soumet l'ensemble des contrats de la commande publique à un régime juridique unique pour le paiement des sommes dues, plus contraignant que les dispositions applicables aux entreprises ;

– il renforce les sanctions en cas de retard de paiement, en instaurant une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement d'un montant de 40 euros, en sus des intérêts moratoires.

I. Champ d'application organique : quels sont les pouvoirs adjudicateurs concernés ?

I.1. Ce que prévoit la directive

La directive 2011/7/UE distingue le régime des transactions entre les entreprises de celui applicable entre les entreprises et les « pouvoirs publics », respectivement prévus aux articles 3 et 4.

Elle définit les pouvoirs publics comme étant « *tout pouvoir adjudicateur, tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, point a), de la directive 2004/17/CE et à l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE* ».

Il s'agit donc de l'État, des collectivités territoriales, des organismes de droit public¹ et des associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice (secteur des réseaux).

1. Par « organisme de droit public », on entend tout organisme :

a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

b) doté de la personnalité juridique, et

c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

1.2. La transposition en droit interne

Le dispositif s'applique à tous les « *pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice* » (article 37 de la loi du 28 janvier 2013).

Sont concernés :

- les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics (l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux), y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice ;
- les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (ex : établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État, groupements d'intérêt public, sociétés d'économie mixte locales, sociétés publiques locales, sociétés publiques locales d'aménagement, offices publics de l'habitat, sociétés anonymes d'HLM, *etc*), y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

2. Champ d'application matériel : quels sont les contrats et les sommes concernés ?

La directive 2011/7/UE définit la transaction commerciale comme étant « *toute transaction entre des entreprises ou entre des entreprises et les pouvoirs publics qui conduit à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services contre rémunération* ». En utilisant également à de nombreuses reprises les termes « contrat », « clauses contractuelles », « obligations contractuelles », « parties contractantes », elle présuppose une véritable relation contractuelle.

S'inspirant de la définition des contrats de la commande publique mentionnée à l'article L. 551-1 du code de justice administrative², l'article 37 de la loi du 28 janvier 2013 vise les « *contrats ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* ».

Sont notamment concernés :

- les marchés soumis au code des marchés publics ;
- les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ;
- les partenariats publics-privés (ex : contrats de partenariat, baux emphytéotiques hospitaliers, *etc*) ;
- les concessions de travaux publics ;
- les délégations de service public ;
- les concessions d'aménagement.

2. Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public.



Attention ! Les marchés expressément exclus du code des marchés publics ou de l'ordonnance entrent dans le champ d'application du dispositif relatif à la lutte contre les retards de paiement.

La Commission européenne a confirmé aux États membres que la directive n'est pas applicable aux prêts bancaires et autres contrats d'emprunt, ni aux acquisitions immobilières qui n'impliquent pas de travaux publics ou de travaux d'ingénierie civile. Par ailleurs, elle n'est pas applicable aux contrats de travail.

- Sont concernées les sommes dues par le pouvoir adjudicateur en vertu de ses obligations réglementaires ou contractuelles, par exemple :
 - les avances, les acomptes, les règlements partiels définitifs, le solde, le remboursement de la retenue de garantie ;
 - les loyers (ex : loyer d'investissement, loyer de maintenance / exploitation, loyer de gros entretien et réparation) ;
 - les compensations financières versées par le pouvoir adjudicateur en exécution du contrat (ex : indépendamment de leur régime fiscal, les compensations d'investissement ou d'équipement, les compensations d'exploitation, les compensations pour obligations de service public, etc) ;
 - les indemnités de résiliation.

3. Les délais de paiement par catégorie de pouvoirs adjudicateurs

Conformément à l'article 4, § 3 de la directive 2011/7/UE, l'article 37 de la loi du 28 janvier 2013 dispose que les sommes dues « sont payées, en l'absence de délai prévu au contrat, dans un délai fixé par décret qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs. Le délai de paiement prévu au contrat ne peut excéder le délai fixé par décret ».

Le décret du 29 mars 2013 fixe les délais suivants :

- **30 jours** pour :
 - l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ;
 - les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005.
- **50 jours** pour :
 - les établissements publics de santé ;
 - les établissements du service de santé des armées.
- **60 jours** pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

La référence à la notion d'entreprise publique n'est pas utilisée pour souligner la différence avec les entreprises privées mais pour prendre en compte le caractère d'entreprise de ces pouvoirs adjudicateurs. En effet, comme l'indique le considérant 24 de la directive 2011/7/UE, il faut tenir compte de la situation particulière des pouvoirs adjudicateurs exer-

çant des activités économiques consistant à offrir des marchandises ou des services sur le marché. C'est pourquoi, le paragraphe 4 de l'article 4 autorise les États membres à fixer ce délai à 60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs qui entrent dans le champ d'application de la définition de l'entreprise publique au sens de la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques³.

Attention ! Le décret du 29 mars 2013 dispose que ce délai de 60 jours n'est pas applicable à ceux de ces pouvoirs adjudicateurs qui sont des établissements publics locaux (ex : offices publics de l'habitat). Il est, en revanche, applicable aux entreprises publiques locales⁴ (ex : sociétés d'économie mixte locales, sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement) et aux sociétés anonymes d'HLMP ;

L'existence d'une relation de quasi-régie entre un pouvoir adjudicateur et un organisme, par exemple un groupement d'intérêt public, fait obstacle à la qualification d'entreprise publique de ce dernier. En effet, il ne peut être regardé comme un opérateur économique agissant de sa propre initiative et sur un marché concurrentiel⁵. L'organisme est donc soumis au délai de 30 jours.

Tableau récapitulatif des délais de paiement

| Pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice | Délais antérieurs | Délais depuis le 1 ^{er} mai 2013 |
|---|---|---|
| - État, ses établissements publics (autres qu'EPIC) - Collectivités territoriales et établissements publics locaux | 30 jours (art. 98 CMP) | 30 jours |
| Établissements publics de santé et établissements du service de santé des armées | 50 jours (art. 98 CMP) | 50 jours |
| Pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 | 60 jours ⁷ (art. L. 441-6 code de commerce) | 30 jours |
| Pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005 qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1 ^{er} de l'ordonnance du 7 juin 2004, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux | 60 jours (art. L. 441-6 code de commerce) | 60 jours |

Attention ! Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en toute liberté, mener une politique de paiement plus dynamique en s'engageant contractuellement à honorer plus rapidement les factures de leurs fournisseurs. Les pouvoirs publics encouragent les efforts en ce sens, notamment en faveur des petites et moyennes entreprises.

3. Cette définition est transposée par l'ordonnance du 7 juin 2004 précitée : « tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence des personnes publiques 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 ».

4. Rép. min. n° 5096, JO Sénat, 25 avr. 2013, p. 1344.

5. Rép. min. n° 28980, JO AN, 10 sept. 2013, p. 9467.

6. Conclusions Anne Courrèges sous CE, 4 mars 2009, SNIIS, n° 300481 et CE Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736.

7. Sauf pour les établissements publics de recherche, qui sont soumis à un délai de paiement de 45 jours pour les marchés passés dans le cadre de leurs activités de recherche (article 6 du décret n° 2007-590 du 25 avril 2007, abrogé par le décret du 29 mars 2013).



Le délai de paiement applicable au sous-traitant bénéficiant du paiement direct par le pouvoir adjudicateur est identique à celui applicable au titulaire.

4. Les modalités de calcul du délai de paiement

4.1. Les cas généraux de point de départ du délai de paiement

Le décret du 29 mars 2013 fixe les différents points de départ (art. 2) :

- en principe, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le contrat le prévoit, par le maître d'œuvre ou toute autre personne habilitée à cet effet ;
- toutefois, le délai court :
 - à compter de la date d'exécution des prestations, lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à cette date ;
 - pour le paiement du solde des marchés de travaux soumis au code des marchés publics, à compter de la date de réception par le maître de l'ouvrage du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux ;

Les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ne peuvent pas appliquer les dispositions de l'article 2, I-2° du décret du 29 mars 2013, spécifiques aux marchés de travaux soumis au code des marchés publics.

En revanche, le contrat peut prévoir que le point de départ du délai de paiement est la date à laquelle le solde des travaux est définitivement arrêté (réception du DGD par le maître d'ouvrage). En effet, la procédure d'établissement du solde est une procédure de constatation de la conformité des prestations aux stipulations contractuelles telle que prévue à l'article 2, I-3° du décret du 29 mars 2013 (ex : constat du retard dans l'achèvement des travaux et application des pénalités de retard, vérifications liées aux travaux supplémentaires). Cette procédure ne peut excéder trente jours, sauf si le contrat prévoit une durée plus longue et que ceci ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques.

- lorsqu'est prévue une procédure de constatation de la conformité des prestations aux stipulations contractuelles et si le contrat le prévoit, à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement. Cette procédure de constatation ne peut excéder 30 jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le contrat, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. Pour lutter contre les délais cachés préjudiciables aux entreprises, à défaut de décision expresse dans le délai de 30 jours ou dans celui prévu au contrat, les prestations sont réputées conformes et le délai de paiement commence à courir.

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) relatifs aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication (NTIC) et aux marchés publics de prestations intellectuelles (PI) prévoient des délais de vérification d'une durée supérieure à 30 jours. Ces délais plus longs, négociés avec les professionnels concernés, sont conformes à l'usage et aux bonnes pratiques de ces secteurs.

Attention ! Comme l'exige la directive, le décret dispose que la date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier. Il n'est donc pas possible d'exiger que le créancier envoie sa facture après la date de constatation de la conformité des prestations.

4.2. Les cas particuliers de point de départ du délai de paiement

Les articles 2 et 3 du décret prévoient des cas particuliers de point de départ du délai de paiement :

– les avances :

- pour les avances versées en application du I de l'article 87 du code des marchés publics, le délai de paiement de celles-ci court à compter de la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations qui correspondent à l'avance, si un tel acte est prévu ou, à défaut, de la date de notification du contrat ;
- dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues au contrat pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans le silence du contrat, à compter de la date mentionnée dans le cas précédent.

Attention ! Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

– les indemnités de résiliation : le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle, la décision de résiliation étant notifiée, le montant de l'indemnité est arrêté.

– la retenue de garantie : celle-ci est remboursée dans un délai de 30 jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de 30 jours après la date de leur levée.

Attention ! Ce délai de 30 jours est applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs (art. 3 du décret).

4.3. La suspension du délai de paiement par le pouvoir adjudicateur

Si le pouvoir adjudicateur constate que la demande de paiement du créancier ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, il peut suspendre le délai de paiement, dans la limite d'une fois (art. 4 du décret).

Le pouvoir adjudicateur doit préciser au créancier, à l'occasion de cette suspension unique, toutes les raisons qui s'opposent au paiement. A compter de la réception de la totalité des éléments demandés, un nouveau délai de paiement est ouvert. Il est de 30 jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de la suspension si ce solde est supérieur à 30 jours.

4.4. La computation des délais

Les délais fixés par la directive 2011/7/UE, et transposés par le décret du 29 mars 2013, doivent être computationnés conformément au règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.



Le §1 de l'article 3 de ce règlement dispose que « *si un délai exprimé en jours [...] est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai* ».

Le §2 b) du même article prévoit qu' « *un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai* ». Cependant, le § 4 précise que « *si le dernier jour [...] est un jour férié, un dimanche ou un samedi, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant* ».

Exemple pour un délai de paiement fixé à 30 jours :

- une facture reçue le lundi 2 septembre 2013 doit être payée avant le mardi 2 octobre 2013 à minuit (le lundi 2 septembre n'est pas inclus et 30 jours se sont écoulés entre le mardi 3 septembre zéro heure et le mardi 2 octobre minuit) ;
- une facture reçue le jeudi 19 septembre 2013 doit être payée avant le lundi 21 octobre 2013 à minuit (le jeudi 19 septembre n'est pas inclus, 30 jours se sont écoulés entre le vendredi 20 septembre zéro heure et le samedi 19 octobre, cependant les 19 et 20 octobre étant respectivement un samedi et un dimanche, le délai prend fin le lundi 21 octobre 2013 à minuit).

5. Les conséquences du retard de paiement

Le retard de paiement :

- fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement ou l'échéance prévue au contrat (art. 39 de la loi du 28 janvier 2013) ;
- donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement (art. 40 de la loi du 28 janvier 2013).

5.1. Le taux des intérêts moratoires

Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de 8 points de pourcentage.

Attention ! Pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, le taux des intérêts moratoires ne pourra plus être le taux de l'intérêt légal.

5.2. Le versement d'une indemnité forfaitaire automatique

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, due pour tout retard de paiement, en sus des intérêts moratoires, est fixé à 40 euros.

5.3. La possibilité de demander une indemnisation complémentaire, sur justification

Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire. Il doit adresser sa demande au pouvoir adjudicateur et y joindre les justificatifs nécessaires (ex : note d'honoraires d'un avocat, facture d'une entreprise de recouvrement).

5.4. Intérêts moratoires et indemnité forfaitaire doivent être payés dans un délai de 45 jours

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement doivent être payés dans un délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal (art. 10 du décret).

Ce délai tient compte du délai de 30 jours dont disposent les collectivités territoriales et les établissements de santé pour ordonnancer les sommes dues et du délai du comptable public pour procéder au paiement.

Le dépassement du délai de 45 jours peut donner lieu au versement d'intérêts au taux de l'intérêt légal, dans les conditions de l'article 1153 du code civil⁸.

6. Les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public

Le titre II du décret du 29 mars 2013 ne s'applique qu'aux pouvoirs adjudicateurs soumis au décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

Il répartit les délais d'intervention de l'ordonnateur et du comptable public (articles 12 à 14). Il permet à ce dernier de suspendre le délai de paiement dans certains cas strictement limités, s'il ne possède pas les pièces justificatives nécessaires au paiement de la dépense (article 15).

Les articles 39 et 40 de la loi du 28 janvier 2013 disposent que les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, ainsi que les établissements publics de santé sont remboursés par l'État, de façon récursoire, de la part des intérêts moratoires, de l'indemnité forfaitaire et, le cas échéant, de l'indemnisation complémentaire, versés imputable à un comptable de l'État. L'article 16 du décret du 29 mars 2013 dispose que cette action récursoire est exercée auprès du directeur régional ou départemental des finances publiques.

7. Entrée en vigueur

Le décret est entré en vigueur le 1^{er} mai 2013 et s'applique aux contrats conclus à compter du 16 mars 2013. Les créances dont le délai de paiement a commencé à courir entre le 16 mars et le 1^{er} mai 2013 sont réglées conformément aux dispositions antérieurement en vigueur. Celles dont le délai de paiement a commencé à courir à compter du 1^{er} mai 2013 sont réglées conformément au nouveau dispositif.

Les créances nées de l'exécution des contrats signés avant le 16 mars 2013 sont réglées conformément au dispositif antérieur.

8. Le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 prévoyait, pour les marchés soumis au code des marchés publics, le paiement d'intérêts moratoires complémentaires au taux des intérêts moratoires d'origine, majoré de 2 points de pourcentage.



Les dispositions de la loi du 28 janvier 2013 et du décret du 29 mars 2013 étant d'ordre public, il n'est pas nécessaire de prévoir la signature d'un avenant aux contrats conclus entre le 16 mars et le 1^{er} mai 2013.

En principe, la date de conclusion est la date de signature du contrat ou de tout document écrit établissant l'accord de volonté entre les deux parties. Pour les contrats oraux, il appartient au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve de la date de conclusion du contrat, c'est-à-dire de l'accord sur le prix et les conditions des prestations à fournir, par exemple en établissant un certificat administratif. Concernant les accords-cadres, la date à prendre en compte est celle de la conclusion des marchés subséquents qui vont donner lieu à un paiement.

FICHE **3 5****La résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration**

La résiliation d'un contrat peut être le fait d'une décision unilatérale prise par la personne publique. Elle peut également, lorsque le contrat l'a prévu, être décidée par le cocontractant de l'administration en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles. Dans ce cas, après s'être assuré que le contrat ne porte pas sur l'exécution même d'un service public, le cocontractant informe l'administration de son intention de résilier le contrat. L'administration peut alors s'opposer à cette rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général¹.

Le code des marchés publics (CMP) ne comporte pas de dispositions générales sur la résiliation. Son article 12-1, 10° impose seulement que les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée fixent les conditions de résiliation du marché. Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) précisent les différentes hypothèses de résiliation ainsi que la procédure à suivre pour mettre fin au marché. Le cahier des charges peut donc utilement se référer au CCAG applicable aux prestations en cause, en l'absence de stipulations particulières.

Deux situations sont à envisager :

- la résiliation de plein droit ;
- la fin anticipée imposée par la personne publique à son cocontractant.

I. La résiliation de plein droit

La résiliation est de plein droit, lorsque le titulaire du marché se trouve dans l'impossibilité absolue d'en poursuivre l'exécution.

Deux situations justifient cette résiliation de plein droit :

- la force majeure qui met le titulaire du marché dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution du marché, pour des raisons indépendantes de sa volonté et d'obstacles qui ne peuvent être surmontés² ;
- la disparition du titulaire du marché (décès, faillite ou incapacité civile).

L'indemnisation peut être prévue par le contrat. Dans ce cas, il est fréquent qu'un renvoi pur et simple soit fait à la jurisprudence sur la force majeure.

Faute d'une telle clause, l'indemnisation éventuelle du préjudice subi diffère suivant la nature de la résiliation.

Ainsi, le titulaire du contrat ne pourra se voir indemnisé que des pertes subies imputables à l'évènement constitutif de force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité³. A l'inverse, la résiliation de plein droit causée par la disparition du titulaire du marché n'ouvre droit à aucune indemnité.

1. CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, n°370644.

2. CE, 7 août 1926, *Bouxin*, Rec. p. 891.

3. CE, 8 janvier 1925, *Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire*, Rec. p. 28

2. La fin anticipée du marché imposée par la personne publique à son cocontractant

La personne publique peut provoquer une fin anticipée du marché, soit dans l'intérêt général, soit pour sanctionner une faute du titulaire.

2.1. La résiliation pour motif d'intérêt général

La personne publique dispose toujours du droit de résilier unilatéralement le marché pour un motif d'intérêt général et ce, même en l'absence de clause contractuelle en ce sens. La contrepartie à ce droit est l'entière indemnisation du titulaire qui, par définition, n'a commis aucune faute.

2.1.1. Le droit de résilier

L'administration contractante « peut, en tout état de cause et en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, mettre fin avant terme aux marchés publics, sous réserve des droits à indemnités des intéressés »⁴.

Une clause privant la personne publique de ce droit de résilier est réputée nulle⁵.

Les motifs de résiliation pour intérêt général peuvent être, par exemple :

- l'abandon d'un projet⁶, notamment en raison des difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution⁷;
- le fait, non fautif, que le cocontractant ne dispose plus de garanties suffisantes pour remplir ses obligations⁸.

2.1.2. Le droit à être indemnisé

La contrepartie du droit de résilier dans l'intérêt du service public réside dans le droit à indemnité totale du titulaire du marché. « La résiliation n'a pu intervenir (...) qu'en vertu du pouvoir appartenant à l'administration de rompre le contrat sous réserve d'indemniser l'entrepreneur des pertes résultant pour lui de la résiliation, et de lui accorder, le cas échéant, les dédommagements auxquels il peut légitimement prétendre »⁹.

Cette indemnisation doit couvrir l'intégralité du dommage subi par le titulaire du marché, à condition qu'il puisse en justifier le montant, et que cela n'aboutisse pas à un enrichissement indu. Elle prend en compte les dépenses engagées¹⁰ ainsi que le gain manqué par le titulaire¹¹.

En vertu de la liberté contractuelle dont disposent les parties, le contrat, par une clause expresse, peut exclure toute indemnisation¹² ou prévoir une indemnisation transactionnelle moindre que le montant du dommage, ou même une indemnisation supérieure à condition

4. CE Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. p. 246.

5. CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat c/ Crédit foncier de France*, n° 41589 et 41699.

6. CE, 23 avril 2001, *SARL Bureau d'études techniques d'équipement rural et urbain*, n° 186424.

7. CE, 22 janvier 1965, *Société des établissements Michel Aubrun*, Rec. p. 50.

8. CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du Mont-Blanc*, n° 126594.

9. CE, 6 février 1925, *Gouverneur général d'Algérie c/ Demouchy*, Rec. p. 121.

10. Sue le caractère certain des pertes subies : CE, 18 novembre 1988, *Ville d'Amiens*, n° 61871.

11. CE, 16 février 1996, *Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers*, n° 82880.

12. CE, 10 décembre 1982, *Loiselot*, n° 22856 ; CE, 19 décembre 2012, *société AB Trans*, n° 350341.



qu'elle ne soit pas disproportionnée et n'ait pas pour effet de dissuader l'administration d'exercer son droit de résiliation pour motif d'intérêt général¹³.

Dans le silence du contrat, le montant de l'indemnité est généralement négocié entre les parties et donne lieu à la conclusion d'une transaction. Toutefois, si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai de six mois à compter de la date de résiliation sur le montant de l'indemnité, le pouvoir adjudicateur verse au titulaire, qui en fait la demande, le montant qu'il a proposé (art. 100 du CMP). S'agissant d'une mesure provisoire, le litige sur le montant de l'indemnité ne pourra être tranché que par un jugement ou une transaction. Un comité consultatif de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics peut être utilement saisi dans cette hypothèse¹⁴.

Attention :

- La résiliation des marchés à bons de commande et des accords-cadres passés sans minimum, ne donne pas droit à indemnisation, car l'administration ne s'est engagée sur aucun montant de commande.
- Aucune indemnisation n'est due aux titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire résilié, car ceux-ci ne peuvent justifier d'un manque à gagner certain.

2.2. La résiliation pour faute du titulaire

Les hypothèses dans lesquelles la personne publique peut prononcer la résiliation à titre de sanction ainsi que la procédure à suivre, sont précisées par les cahiers des clauses administratives générales. Il existe deux types de résiliation pour faute : la résiliation simple et la résiliation aux frais et risques.

2.2.1. Résiliation simple

Dans cette hypothèse, la personne publique supporte les conséquences de cette résiliation. Elle devra donc éventuellement passer un nouveau marché, en respectant les dispositions du code des marchés publics.

Le titulaire est déchargé de ses obligations contractuelles et ne pourra percevoir d'indemnisation¹⁵.

2.2.2. Résiliation aux frais et risques

Cette résiliation impose au titulaire défaillant le surcoût engendré par la passation d'un marché de substitution pour achever les prestations faisant l'objet du marché¹⁶. Ce nouveau marché devra être passé conformément aux dispositions du code des marchés publics.

Deux conditions sont posées pour que le marché de substitution soit opposable au titulaire du marché initial :

- il doit porter sur les prestations restantes qui sont celles définies dans le marché initial. Le dossier de consultation du nouveau marché ne pourra donc comporter aucune modification par rapport au premier contrat ;

13. CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes*, n° 334280.

14. Les informations relatives aux CCRA sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/reglement-amiable-des-litiges>.

15. CE, 20 janvier 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid*, n° 56503.

16. CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, n° 12315.

– l'entrepreneur défaillant se verra notifier la décision de passer un nouveau marché, pourra surveiller sa passation et suivre les prestations exécutées par le nouveau titulaire. Il dispose, en effet, d'un droit à suivre le marché de substitution, afin de préserver ses intérêts¹⁷.

2.2.3. Procédure à suivre

2.2.3.1. Mise en demeure

Les CCAG prévoient qu'une mise en demeure préalable doit être adressée au titulaire du marché. Bien que le cahier des clauses particulières du marché puisse déroger à cette stipulation, il est déconseillé de s'abstenir d'une telle formalité notamment dans le cas de la résiliation pour faute du marché.

La résiliation prononcée aux frais et risques du titulaire impose une mise en demeure préalable¹⁸.

Cette mise en demeure est notifiée au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception (remise en mains propres, recommandé avec accusé de réception). Il doit comporter les mentions suivantes :

- les motifs de la mise en demeure ;
- l'indication d'un délai raisonnable, permettant au titulaire de remédier à la situation¹⁹ ;
- la sanction encourue en cas de manquement avéré, à savoir la résiliation du marché, simple ou aux frais et risques.

2.2.3.2. Décision de résiliation

S'il n'est pas donné suite à la mise en demeure, la personne publique peut résilier unilatéralement le marché.

Cette décision doit être motivée²⁰. Elle doit mentionner expressément le type de résiliation et sa date d'effet.

Elle doit être accompagnée d'un décompte de liquidation, qui récapitule les débits et crédits du titulaire du marché après inventaire contradictoire des prestations réalisées. Ce décompte financier ne pourra être totalement établi au moment de la décision de la résiliation prononcée aux frais et risques. En effet, dans cette hypothèse, le règlement financier du marché initial ne pourra être fait qu'après exécution complète du marché de substitution.

Dès lors que le juge du contrat a été préalablement saisi d'une demande contestant la régularité de la décision de résiliation²¹, le décompte général tenant compte du règlement du nouveau marché n'est pas revêtu d'un caractère définitif.

La décision de résiliation doit être signée par l'autorité qui a compétence pour passer et signer les marchés à la date à laquelle la résiliation a lieu.

Elle est ensuite notifiée au titulaire, par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception.

17. CE Sect., 10 juin 1932, *Sieur Bigot*, Rec. p. 572.

18. CAA Lyon, 22 avril 2010, *SM3A*, n° 08LY01996.

19. CE, 9 novembre 1988, *Commune de Freistroff*, n° 69450.

20. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs.

21. CE, 15 novembre 2012, *Hospices civils de Beaune*, n° 356832 ; CE, 4 juillet 2014, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole*, n° 374032



2.3. Le contentieux de la résiliation

Le juge du contrat peut, selon la gravité des vices constatés, annuler une résiliation et ordonner la reprise des relations contractuelles ou octroyer une indemnité²². La demande de reprise des relations contractuelles devient sans objet si le contrat est arrivé à son terme²³. Elle sera rejetée par le juge dans l'hypothèse où un vice d'une particulière gravité serait susceptible de le conduire, après avoir vérifié que sa décision ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général, à prononcer l'annulation ou la résiliation du contrat²⁴.

Le cocontractant de l'administration peut saisir le juge, dans les deux mois suivant la date à laquelle il a été informé de la résiliation, s'il en conteste la validité.

Le juge prendra sa décision au regard de la gravité de l'illégalité de la résiliation et des motifs ayant conduit l'administration à prendre cette décision.

Il tiendra également compte des éventuels manquements du requérant à ses obligations contractuelles et du dommage que pouvait causer cette annulation à l'intérêt général (dans le cas, par exemple, où un contrat aurait été passé avec un nouveau titulaire). La demande d'annulation peut être assortie d'une demande de suspension de la résiliation devant le juge des référés²⁵ lorsque l'urgence le justifie.

22. CE Ass., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806.

23. CE, 23 mai 2011, *société d'aménagement d'Isola 2000*, n° 323468.

24. CE, 1^{er} octobre 2013, *société Espace Habitat Construction*, n° 349099.

25. Article L. 521-1 du code de justice administrative.

FICHE **36****Les pénalités de retard
dans les marchés publics****I. Des pénalités de retard dans un marché public : pourquoi ?****I.1. Les pénalités de retard permettent d'assurer l'exécution du marché, dans des délais contraints**

Dans les marchés publics, un délai d'exécution des prestations doit être fixé par le pouvoir adjudicateur. L'article 12 du code des marchés publics prévoit ainsi, pour les marchés formalisés, que « *les pièces constitutives d'un marché [...] comportent obligatoirement [...] la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement* ».

Le non-respect des délais d'exécution, sur lesquels s'est contractuellement engagé le titulaire du marché, peut entraîner la mise en œuvre de pénalités de retard. Celles-ci visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements. Elles prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts. Elles ont une fonction dissuasive et réparatrice. Elles interdisent au pouvoir adjudicateur de réclamer toute indemnité supplémentaire au titre des préjudices qu'elles couvrent.

Les pénalités ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service. Elles sont donc situées hors du champ d'application de la TVA¹.

I.2. Ces pénalités doivent être prévues par le marché

L'attention particulière des acheteurs publics est appelée sur la rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution. Leur précision conditionne une application prévisible, efficace et sécurisée des pénalités de retard. A titre d'exemple, si une clause prévoit une pénalité en cas d'absence à des réunions, aucun autre manquement ou retard ne pourra donner lieu à l'application de la pénalité². La fixation précise des délais d'exécution est nécessaire.

Le délai d'exécution des prestations court à compter de la date de notification du marché, sauf stipulations contraires. Le terme des délais d'exécution (réception partielle ou totale, décision d'ajournement, livraison...) est fixé par les stipulations du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable, auquel il est possible de déroger dans les documents contractuels. Il est conseillé aux acheteurs publics de déterminer avec précision le délai d'exécution, ses dates de départ et de fin, afin d'éviter tout litige sur ce point.

1. BOI-TVA-BASE du 15 janvier 2014, point 70.

2. CAA Nancy, 30 septembre 2014, *Société ACE BTP*, n°13NC00041.

Si le contrat prévoit des formalités de notification du calendrier d'exécution ou d'approbation par les parties, l'acheteur public ne peut ainsi appliquer les pénalités de retard qu'en ayant satisfait à ces conditions³.

Il est possible de proroger les délais d'exécution d'un marché par voie d'avenant. L'acheteur public pourra également, lorsqu'une clause du contrat le prévoit ou dans le cadre de son pouvoir de modification unilatérale, prolonger ces délais de manière unilatérale en cas, notamment, de difficultés d'exécution dues à une cause étrangère aux parties (y compris les éventuels sous-traitants). La prolongation des délais ne doit cependant pas être excessive, afin de ne pas bouleverser les conditions de la mise en concurrence initiale.

En cas de travaux supplémentaires décidés par ordre de service, le dépassement du délai d'exécution prévu par le marché initial peut justifier l'application des pénalités de retard prévues au contrat. Il en va autrement si le titulaire a émis des réserves sur ce délai d'exécution ou si un accord est intervenu entre les parties pour ne pas soumettre la réalisation de la prestation au délai prévu initialement ou pour les exclure du champ d'application des pénalités de retard⁴.

2. Comment appliquer et utiliser les pénalités de retard ?

2.1. Les CCAG prévoient des clauses-type ; il est possible d'y déroger ou de les aménager

L'article 20 du CCAG « Travaux », l'article 14 du CCAG « Fournitures courantes et services » (FCS), l'article 15 du CCAG « Marchés industriels (MI), l'article 14 du CCAG « Techniques de l'information et de la communication » (TIC) et l'article 14 du CCAG « Prestations intellectuelles » (PI) prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard. Néanmoins, les acheteurs publics peuvent toujours déroger aux stipulations des CCAG par une stipulation expresse dans les documents contractuels.

Les CCAG Travaux, MI et PI prévoient une exonération des pénalités lorsque leur montant ne dépasse pas 1 000 euros HT. Les CCAG FCS et TIC permettent cette exonération dès 300 euros HT.

Les différents CCAG dispensent le pouvoir adjudicateur de procéder à une mise en demeure préalable à leur application. En l'absence de stipulation contraire dans les documents particuliers du marché, l'application des pénalités de retard est de plein droit et sans mise en demeure du seul fait de la constatation du retard⁵. Lorsque le marché ne fait pas référence à un CCAG ou lorsque les documents contractuels prévoient expressément une mise en demeure préalable, le pouvoir adjudicateur ne peut s'exonérer de cette obligation⁶.

3. A titre d'exemple : CAA Marseille, 26 mai 2014, *Communauté de Haute-Provence*, n°12MA01159.

4. Voir par exemple CE, 16 mai 2012, *Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe*, n°345137.

5. CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n°350867, considérant 4.

6. CE, 24 avril 1992, *Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve*, n°112679.



2.2. Les pénalités de retard s'appliquent :

2.2.1 A la personne responsable du retard

Les pénalités de retard ne peuvent s'appliquer que si le retard est imputable au titulaire du marché ou à ses sous-traitants. En cas de litige, le juge vérifiera si cette condition est remplie⁷. Il pourra, le cas échéant, décider d'un partage de responsabilité avec l'acheteur public et réduire le montant des pénalités de retard⁸.

2.2.2 Avant ou après le règlement définitif du marché

Lorsque le principe des pénalités est prévu au marché, les pénalités peuvent être précomptées sur les acomptes versés au titulaire tout au long du marché, lors de l'établissement des états d'acompte. Dans le cadre d'un marché de travaux ne dérogeant pas à l'article 13.2 du CCAG « Travaux », les pénalités de retard sont incluses dans l'état d'acompte mensuel. Pour les autres marchés publics, les stipulations contractuelles doivent prévoir la possibilité de précompter et la périodicité des états d'acompte.

Lorsque le marché ne prévoit pas que les pénalités peuvent être précomptées sur les acomptes, les pénalités constituent un élément du décompte général du marché, qui ne peut pas être isolé du solde⁹.

Il résulte du principe de l'intangibilité du décompte général, que la contestation des pénalités ne peut se faire distinctement de celle du décompte. Enfin, ce n'est que lors de l'établissement du décompte général que l'émission d'un titre de recettes peut avoir lieu¹⁰.

2.2.3 Selon ce qui est prévu par le contrat en cas de livraisons ou réceptions partielles

Des pénalités de retard pour des délais d'exécution partiels peuvent être prévues de manière expresse¹¹. Les stipulations contractuelles peuvent, cependant, prévoir que ces pénalités ne sont appliquées que lorsque le dépassement d'un délai d'exécution partiel a pour effet un dépassement du délai global du marché¹².

2.2.4. En prenant en compte les conséquences de leur application pour l'entreprise

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, auquel elle peut renoncer. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières. La renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente) ou contractuelle¹³.

La jurisprudence invite, désormais, l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard. Le juge administratif s'est, en effet, reconnu le pouvoir de moduler leur

7. CE, 15 novembre 2012, n°350867 précité, considérant 5.

8. CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n°12NT03032.

9. CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, *Société Les grands travaux du bassin aquitain*, n°04BX01178.

10. CAA Lyon, 27 décembre 2007, *Société Copibat*, n°03LY01501 ; CAA Nancy, 7 mai 2002, *SARL Gil Ignace*, n°97NC00840.

11. CE, 23 février 2004, *Région Réunion*, n°246622 ; CAA Nantes, 9 mai 2014, *Commune de La Chaussée d'Ivry*, n°12NT02982.

12. CE, 20 septembre 1991, *Administration générale de l'Assistance Publique*, n°77184.

13. CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n°308676.

montant, « *si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché* »¹⁴, rejoignant, ainsi, la position du juge judiciaire.

Le mécanisme des clauses incitatives de l'article 17 du code des marchés publics « *aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production* » est également un bon moyen pour encourager les titulaires des marchés à une meilleure réalisation, voire à une réalisation anticipée du marché. A cette fin, Il peut être prévu, dans les pièces du marché, des primes d'avances (à ne pas confondre avec les avances versées au titre de l'article 87 du code des marchés publics).

14. CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930.



FICHE **37****Entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public****I. Qu'est ce qu'une entreprise en difficulté financière ?****I.1. L'entreprise en procédure de sauvegarde**

Les articles L. 620-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de sauvegarde d'une entreprise.

Une telle procédure est ouverte sur demande d'un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Un débiteur est toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que toute personne morale de droit privé (article L 620-2).

Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal de commerce (si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale) ou le tribunal de grande instance arrête un plan par jugement motivé. Ce plan de sauvegarde est précédé d'une période d'observation et comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

Si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et que la clôture de la procédure conduirait de manière certaine à la cessation des paiements, le tribunal peut convertir la procédure de sauvegarde en redressement ou en liquidation judiciaire.

L'article L 628-1 du code de commerce institue une procédure de sauvegarde dite « accélérée » qui permet d'offrir au débiteur la possibilité de procéder à une réorganisation plus rapide de son entreprise. La sauvegarde accélérée doit respecter certaines conditions :

- elle ne peut être ouverte qu'à la demande de l'entreprise et celle-ci doit bénéficier d'une procédure de conciliation en cours,
- l'entreprise doit avoir élaboré un projet de plan avec ses principaux créanciers lors de la conciliation,
- l'entreprise peut être en cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure, à condition que cet état ne soit pas antérieur de plus de 45 jours à la demande d'ouverture de la procédure de conciliation.

I.2. L'entreprise en redressement judiciaire

Les articles L. 631-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de redressement judiciaire. Une telle procédure est ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La procédure de redressement commence par une période d'observation d'une durée maximale de 6 mois, renouvelable une fois et qui peut être exceptionnellement prolongée de 6 mois.

À l'issue de la période d'observation, lorsque l'entreprise a des chances d'être sauvée, le tribunal adopte un plan de redressement qui indique les mesures économiques de réorganisation de l'entreprise consistant en l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. La durée du plan ne peut excéder dix ans.

1.3. L'entreprise en liquidation judiciaire

Les articles L. 640-1 et suivants du code de commerce définissent la procédure de liquidation judiciaire. Une telle procédure est ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens. Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure.

1.4. L'entreprise en procédure de rétablissement professionnel

La procédure de rétablissement professionnel, prévue aux articles L 645-11 et suivants du code de commerce, est destinée aux entrepreneurs individuels, personnes physiques, qui n'ont pas de salarié et dont l'actif est inférieur à un certain seuil. Inspirée du rétablissement personnel des procédures de surendettement des particuliers, elle offre au débiteur la possibilité de bénéficier d'un effacement de ses dettes.

2. Conséquences du placement du titulaire en procédure de sauvegarde, de sauvegarde accélérée, en redressement judiciaire, en liquidation judiciaire ou en rétablissement professionnel pendant l'exécution du marché

Toute clause contractuelle qui prévoirait une résiliation systématique du contrat en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde (article L 622-13 du code du commerce)¹, de redressement judiciaire (article L. 631-14 du code du commerce)², de liquidation judiciaire (article L 641-11-1 du code du commerce) ou de sauvegarde accélérée (article L 628-1 du code de commerce) est nulle.

1. Réponse ministérielle n° 54169, JOAN du 25 novembre 2014, p. 9921.

2. Ibidem.



2.1. Titulaire d'un marché en procédure de sauvegarde ou sauvegarde accélérée

Le prononcé de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde n'emporte pas de plein droit la résiliation des contrats en cours.

La personne publique, cocontractante de l'entreprise en difficulté, peut interroger l'administrateur judiciaire pour savoir s'il entend poursuivre, ou non, le contrat. Le marché est résilié de plein droit en l'absence de réponse, dans un délai d'un mois, de l'administrateur à la mise en demeure adressée par la personne publique (III de l'article L. 622-13 du code de commerce). L'administrateur peut également demander au juge de prononcer la résiliation (IV de l'article L. 622-13)³.

Dans le cadre d'une procédure de sauvegardé accélérée, les contrats sont poursuivis de plein droit. Les cas de résiliation de plein droit ainsi que la faculté offerte à l'administrateur de demander au juge le prononcé de la résiliation, prévus à l'article L. 622-13 pour la procédure de sauvegarde, ne s'appliquent pas⁴.

2.2. Titulaire d'un marché placé en redressement judiciaire

Lorsqu'une entreprise titulaire d'un marché public fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, la personne publique peut adresser une mise en demeure à l'administrateur qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché en cours (articles L. 622-13 et L. 631-14 du code de commerce).

Conformément aux dispositions prévues dans les CCAG : « *en cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire. (...) La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'événement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité.* »⁵.

Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale⁶, sauf motif d'intérêt général caractérisé.

2.3. Titulaire d'un marché placé en liquidation judiciaire

La mise en liquidation judiciaire d'une entreprise a pour effet d'interrompre l'exercice de ses activités. Celle-ci n'est donc plus en mesure de remplir les obligations contractuelles qui découlent d'un marché public dont elle est titulaire. Elle en informe donc le pouvoir adjudicateur en produisant une copie du jugement de liquidation judiciaire qui désigne le liquidateur.

Le pouvoir adjudicateur adresse ensuite une mise en demeure au liquidateur de se prononcer sur la poursuite de l'exécution du contrat.

Conformément aux dispositions prévues dans les CCAG, lorsque les marchés y font référence : « *en cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié, si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire. La résiliation, si*

3. Réponse ministérielle n° 18705, JO Sénat du 12 avril 2012, p. 927.

4. Cf. article L. 628-1 du code de commerce excluant l'application des III et IV de l'article L. 622-13 à la procédure de sauvegarde accélérée.

5. Art. 30.2 CCAG FCS, art. 30.2 CCAG PI, art. 46.1.2 CCAG Travaux, art. 40.2 CCAG TIC, art. 35.2 CCAG MI.

6. CE, 24 octobre 1990, *Régie immobilière de la Ville de Paris*, n°s 87327 et 88242.

elle est prononcée, prend effet à la date de l'événement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité. »⁷.

Si le liquidateur confirme que l'entreprise n'est plus en mesure d'exécuter les prestations du marché ou en l'absence de réponse au bout d'un mois (ce délai pouvant être diminué ou augmenté, dans la limite de deux mois, par le juge-commissaire), l'acheteur public est fondé à prononcer la résiliation de plein droit du marché sans indemnisation du titulaire (article L 641-11-1 du code de commerce).

La seule exception à la possibilité de résilier est la situation dans laquelle le prononcé de la liquidation judiciaire s'accompagne d'une période de maintien de l'activité de l'entreprise auquel cas le liquidateur peut exiger l'exécution des contrats en cours. Préalablement à la résiliation du contrat, le pouvoir adjudicateur doit donc vérifier que la mise en liquidation judiciaire du contractant n'est pas assortie d'une période de maintien de l'activité.

Si le liquidateur se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale.

La survenance de la liquidation judiciaire ne permet pas de bénéficier d'un remboursement anticipé de la retenue de garantie⁸. Cette dernière ne pourra être versée au liquidateur judiciaire qu'un mois après l'expiration du délai de garantie d'un an (article 103 du code des marchés publics) à condition qu'aucune réserve n'ait été formulée ou que les réserves aient été entièrement levées.

2.4. Titulaire d'un marché placé en rétablissement professionnel

La procédure de rétablissement professionnel est sans incidence sur la poursuite des contrats en cours. Le code de commerce ne prévoit en effet pas de dispositions équivalentes à celles existant pour la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

7. Art. 30.2 CCAG FCS, art. 30.2 CCAG PI, art. 46.1.2 CCAG Travaux, art. 40.2 CCAG TIC, art. 35.2 CCAG MI.

8. Réponse ministérielle n° 06587, JO Sénat du 10 octobre 2013, p. 2974.



FICHE **38****Les comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics**

Les comités de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics (CCRA) sont des organismes consultatifs de conciliation, qui peuvent être saisis de tout différend ou litige survenu au cours de l'exécution d'un marché public. Le comité national et les sept comités locaux recherchent les éléments de fait et de droit, en vue d'une solution amiable et équitable (article 127 du code des marchés publics et décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010).

Ces comités ne sont ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage. Ils émettent des avis, que l'administration est libre de suivre ou non¹.

1. Les CCRA sont des organismes paritaires

Les CCRA sont présidés par un membre des juridictions administrative ou financière et sont composés de représentants de l'administration et des organisations professionnelles (articles 1^{er} et 2 du décret du 8 décembre 2010). Les règles de quorum garantissent une composition paritaire du comité, lors de l'examen d'un litige (article 7 du décret).

2. Les CCRA peuvent être saisis sans formalités préalables

La saisine du comité, qu'elle émane du pouvoir adjudicateur ou du titulaire du marché, est faite sous la forme d'une note détaillée, exposant les motifs du différend et, le cas échéant, la nature et le montant des réclamations formulées.

Cette note est accompagnée des pièces contractuelles du marché et de toutes correspondances relatives au différend. Elle est adressée au comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, ou déposée contre récépissé au secrétariat du comité (article 5 du décret).

Le titulaire n'a pas à adresser une réclamation au pouvoir adjudicateur avant de saisir le CCRA.

1. Voir <http://www.economie.gouv.fr/daj/reglement-amiable-des-litiges> où sont données toutes les informations nécessaires à la saisine d'un comité, au déroulement de la procédure ainsi que la carte du ressort géographique des comités.

3. La saisine d'un CCRA suspend les délais de recours

La saisine d'un CCRA suspend les délais de recours qui s'imposent au titulaire du marché, en vertu des pièces contractuelles (article 127 du code des marchés publics). Ces délais ne recommencent à courir, dans un souci de sécurité juridique, qu'à compter de la notification, au titulaire du marché, de la décision expresse du pouvoir adjudicateur prise après avis du comité (article 8 du décret).

Ce mécanisme préserve les droits du titulaire du marché, qui est informé de la date à laquelle les délais de recours recommencent à courir. La saisine d'un CCRA ne recèle donc, pour lui, aucun piège contentieux.

4. Les CCRA rendent leur avis dans un délai maximal de 6 mois

Les CCRA doivent rendre leur avis dans un délai maximal de 6 mois à compter de la saisine. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que ce délai peut être prolongé, par périodes d'un mois, par décision motivée du président, dans la limite d'une durée de trois mois (article 8 du décret).

