

LE MONITEUR

DES TRAVAUX PUBLICS ET DU BÂTIMENT

mai 2016
HORS SÉRIE
15 €

www.lemoniteur.fr



RÉFORME 2016

Ordonnance et décret marchés publics

Commentés par Nicolas Charrel, avocat
(cabinet Charrel & Associés)

Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015
Décret n°2016-360 du 25 mars 2016

La presse pro votre meilleur atout pour vos appels d'offres

86%

DÉCLARENT QUE LA
PRESSE PRO PERMET
DE CIBLER DES
FOURNISSEURS
EN MEILLEURE
ADÉQUATION AVEC
LEURS BESOINS.

SOURCE IFOP*

*Étude IFOP réalisée auprès de 456 acheteurs publics, oct. 2015



POUR VOS PUBLICATIONS
Tél. 01 79 06 71 71
rcm@infopro-digital.com



TRIPLE RATION

« Avant d'être un acte juridique, l'acte d'achat est un acte économique ». Cette courte citation des propos de Jean Maïa, directeur des affaires juridiques de Bercy, résume assez bien l'esprit de la réforme 2016 des marchés publics. L'achat public doit profiter à la personne publique comme à son « fournisseur », qu'il soit entrepreneur, architecte, bureau d'études... D'un côté comme de l'autre, il ne saurait y avoir de perdant. Le temps du rapport de force et de la relation frileuse serait-il révolu ? L'heure est aujourd'hui à la communication dans la relation qui conduit à l'achat. Ce rapprochement permet désormais le développement de la négociation pour nombre de marchés, oblige à une certaine transparence par la publication des données essentielles de chaque marché et consacre - fort heureusement - la technique du sourçage autorisant les études et échanges préalables avec les opérateurs économiques avant de lancer un marché.

Ainsi, dialoguer avec un entrepreneur, échanger avec un industriel dans le cadre d'un salon professionnel ou s'informer des modes opératoires des entreprises pourront nourrir les réflexions de celui qui rédige un cahier des charges, comme de celui qui analyse les offres. Et cela dans un but bien précis : lever les blocages psychologiques pour mieux acheter en tenant compte de la réalité du terrain. C'est une révolution.

A la faveur de la publication du décret n° 2016-360 du 25 mars relatif aux marchés publics, « Le Moniteur » a mis les petits plats dans les grands et a triplé la ration pour vous aider à comprendre cette (r)évolution et les autres nouveautés de la réforme.

Dès le 8 avril, la rédaction vous a livré dans son hebdomadaire un décryptage pointu des principales mesures du décret qui chamboule tout. Le 15 avril, notre numéro « Spécial marchés publics » vous a permis d'approfondir l'analyse du nouveau texte et de découvrir les premières réactions des professionnels de la construction. C'est maintenant la troisième ration que vous avez entre les mains, à peine plus d'un mois après l'entrée en vigueur du décret : la rédaction publie ce hors-série intitulé « Réforme 2016 : ordonnance et décret marchés publics commentés », réalisé sous la direction de Sophie d'Auzon, chef du service Réglementation. Nicolas Charrel, avocat associé du cabinet Charrel Associés, a commenté pour vous l'ordonnance et le décret, article par article. A la clé, un véritable guide opérationnel, émaillé de conseils pratiques et enrichi de références textuelles et jurisprudentielles.

Et ça n'est pas fini, nous continuerons dans les mois et les semaines qui viennent à vous éclairer sur les suites de cette réforme ambitieuse. Sur sa mise en œuvre mais également sur les autres nouveautés que contiennent les textes pour que vous en faisiez le meilleur usage : l'open data, le coût global, la simplification, la dématérialisation, le recours à la maquette numérique... qui bouleversent aujourd'hui l'achat public.

Bonne lecture !

La Rédaction du Moniteur

ORDONNANCE ET DÉCRET MARCHÉS PUBLICS

Ordonnance du 23 juillet 201520

Titre préliminaire 22

Article 1.....	22
Article 2.....	22
Article 3.....	23

PREMIÈRE PARTIE: DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Titre I^{er}: Champ d'application 24

Chapitre I^{er}: Marchés publics et acheteurs soumis à la présente ordonnance..... 24

Section 1: Définition des marchés publics24

Article 4.....	24
Article 5.....	25
Article 6.....	25
Article 7.....	25

Section 2: Définition du concours.....26

Article 8.....	26
----------------	----

Section 3: Définition des acheteurs soumis à la présente ordonnance.....26

Article 9.....	26
Article 10.....	26
Article 11.....	26

Section 4: Définition des activités d'opérateur de réseaux.....27

Article 12.....	27
-----------------	----

Section 5: Définition des opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires28

Article 13.....	28
-----------------	----

Chapitre II: Marchés publics exclus 28

Section 1: Exclusions applicables aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs.....28

Article 14.....	28
-----------------	----

Section 2: Exclusions applicables aux marchés publics passés par les entités adjudicatrices..29

Article 15.....	29
-----------------	----

Section 3: Exclusions propres aux marchés publics de défense ou de sécurité.....30

Article 16.....	30
-----------------	----

Section 4: Exclusions applicables aux relations internes au secteur public30

Sous-section 1: Quasi-régie30

Article 17.....	30
-----------------	----

Sous-section 2: Coopération entre pouvoirs adjudicateurs.....31

Article 18.....	31
-----------------	----

Sous-section 3: Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée32

Article 19.....	32
-----------------	----

Sous-section 4: Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise.....32

Article 20.....	32
-----------------	----

Chapitre III: Contrats particuliers 32

Section 1: Contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs.....32

Article 21.....	32
-----------------	----

Section 2: Contrats mixtes.....33

Article 22.....	33
-----------------	----

Article 23.....	33
-----------------	----

Article 24.....	34
-----------------	----

Article 25.....	34
-----------------	----

Titre II: Passation des marchés publics

Chapitre I^{er}: Dispositions générales.....35

Section 1: Achats centralisés et groupés35

Sous-section 1 : Centrales d'achat35

Article 26.....	35
-----------------	----

Article 27.....	35
-----------------	----

<i>Sous-section 2: Groupements de commandes</i>	35
Article 28	35
<i>Sous-section 3: Entités communes transnationales</i>	36
Article 29	36
Section 2: Définition préalable des besoins	36
Article 30	36
Article 31	37
Section 3: Allotissement	37
Article 32	37
Section 4: Marchés publics globaux	38
<i>Sous-section 1: Marchés publics de conception-réalisation</i>	38
Article 33	38
<i>Sous-section 2: Marchés publics globaux de performance</i>	39
Article 34	39
<i>Sous-section 3: Marchés publics globaux sectoriels</i>	39
Article 35	39
Section 5: Marchés publics réservés	39
<i>Sous-section 1: Réserve de marchés publics aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés</i>	39
Article 36	39
<i>Sous-section 2: Réserve de marchés publics aux entreprises de l'économie sociale et solidaire</i>	40
Article 37	40
Section 6: Contenu des marchés publics	40
Article 38	40
Article 39	41

Chapitre II: Procédure de passation..... 41

Section 1: Evaluation préalable du mode de réalisation du projet	41
Article 40	41
Section 2: Règles de publicité et de mise en concurrence	41
<i>Sous-section 1: Publicité préalable</i>	41
Article 41	41
<i>Sous-section 2: Procédures de mise en concurrence</i>	42
Article 42	42
Section 3: Communications électroniques	42
Article 43	42
Section 4: Confidentialité	42
Article 44	42
Section 5: Interdictions de soumissionner	43
<i>Sous-section 1: Interdictions de soumissionner obligatoires et générales</i>	43
Article 45	43
<i>Sous-section 2: Interdictions de soumissionner obligatoires propres aux marchés publics de défense ou de sécurité</i>	44
Article 46	44
<i>Sous-section 3: Dérogation justifiée par l'intérêt général</i>	44
Article 47	44
<i>Sous-section 4: Interdictions de soumissionner facultatives</i>	45
Article 48	45
<i>Sous-section 5: Incidences d'un changement de situation des opérateurs économiques au regard des interdictions de soumissionner</i>	45
Article 49	45
<i>Sous-section 6: Hypothèse des groupements d'opérateurs économiques et des sous-traitants</i>	45
Article 50	45

Section 6: Sélection des candidats	46
Article 51.....	46
Section 7: Choix de l'offre	46
Sous-section 1: Critères d'attribution.....	46
Article 52.....	46
Sous-section 2: Offres anormalement basses	46
Article 53.....	46
Sous-section 3: Offres contenant des produits originaux des États tiers pour les marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices.....	47
Article 54.....	47
Section 8: Information des candidats et soumissionnaires évincés	47
Article 55.....	47
Section 9: Transparence	47
Article 56.....	47
Section 10: Conservation des documents.....	47
Article 57.....	47
Section 11: Résiliation en raison d'un manquement constaté par la Cour de justice de l'Union européenne	48
Article 58.....	48
Titre III: Exécution des marchés publics	
Chapitre I^{er}: Régime financier	48
Section 1: Règlements, avances et acomptes.	48
Article 59.....	48
Article 60.....	48
Section 2: Garanties	48
Article 61.....	48
Chapitre II: Dispositions relatives à la sous-traitance et aux sous-contrats	49
Section 1: Dispositions relatives à la sous-traitance	49
Article 62.....	49

Section 2: Dispositions relatives aux sous-contrats dans les marchés publics de défense ou de sécurité.....	49
Article 63.....	49

Chapitre III: Contrôle des coûts de revient

Article 64.....	50
-----------------	----

Chapitre IV: Modification du marché public

Article 65.....	50
-----------------	----

DEUXIÈME PARTIE: DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

Article 66.....	51
-----------------	----

Titre I^{er}: Définitions et champ d'application

Article 67.....	51
Article 68.....	51
Article 69.....	52
Article 70.....	52
Article 71.....	52
Article 72.....	52
Article 73.....	52

Titre II: Dispositions particulières relatives à la passation des marchés de partenariat.....

Chapitre I^{er}: Conditions de lancement de la procédure

Section 1: Evaluation et étude préalables.....	53
Article 74.....	53
Section 2: Conditions de recours	53
Article 75.....	53
Section 3: Avis et autorisation préalables	53
Article 76.....	53
Article 77.....	53

Chapitre II: Obligations relatives à l'achèvement de la procédure..... 54

Section 1: Accord préalable à la signature54
Article 78 54
 Section 2: Transmission à l'organisme expert.....54
Article 79 54

Titre III: Financement du projet et rémunération du titulaire 54

Chapitre I^{er}: Financement des investissements 54

Article 80 54
Article 81 54
Article 82 55

Chapitre II: Rémunération du titulaire par l'acheteur..... 55

Section 1: Modalités de détermination de la rémunération du titulaire55
Article 83 55
 Section 2: Cessions de créance, crédits-bails, hypothèques.....55
Article 84 55

Titre IV: Dispositions relatives à l'occupation domaniale 55

Article 85 55
Article 86 56

Titre V: Dispositions particulières relatives à l'exécution des marchés de partenariat..... 56

Article 87 56
Article 88 56
Article 89 57
Article 90 57

TROISIÈME PARTIE: DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

Titre I^{er}: Dispositions générales applicables à l'outre-mer 58

Article 91 58

Titre II: Dispositions particulières à mayotte 58

Article 92 58

Titre III: Dispositions particulières à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon..... 58

Article 93 58
Article 94 59
Article 95 59

Titre IV: Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie 60

Article 96 60

Titre V: Dispositions applicables en Polynésie française 60

Article 97 60

Titre VI: Dispositions applicables dans les îles Wallis et Futuna 61

Article 98 61

Titre VII: Dispositions applicables dans les Terres australes et antarctiques françaises..... 62

Article 99 62

QUATRIÈME PARTIE: DISPOSITIONS DIVERSES

Article 100 64
Article 101 64
Article 102 65

CINQUIÈME PARTIE: DISPOSITIONS FINALES

Article 10367
Article 10467

**Décret
du 25 mars 201668**

**PREMIÈRE PARTIE
DISPOSITIONS GÉNÉRALES**

**Titre 1^{er} :
CHAMP D'APPLICATION.....70**

Article 1.....	70
Article 2.....	70
Article 3.....	71

**Titre II :
PRÉPARATION DU MARCHÉ PUBLIC..... 71**

**Chapitre I^{er} :
Définition préalable des besoins 71**

Section 1 : Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques.....	71
Article 4.....	71

Section 2 : Participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public ...	72
Article 5.....	72

Section 3 : Spécifications techniques.....	73
Article 6.....	73
Article 7.....	73
Article 8.....	74
Article 9.....	75

Section 4 : Labels.....	75
Article 10.....	75

Section 5 : Rapport d'essai, certification et autres moyens de preuve.....	76
Article 11.....	76

**Chapitre II :
Allotissement76**

Article 12.....	76
-----------------	----

**Chapitre III :
Marchés publics réservés77**

Article 13.....	77
Article 14.....	77

**Chapitre IV :
Contenu du marché public..... 78**

Section 1 : Caractère écrit.....	78
Article 15.....	78

Section 2 : Durée.....	79
Article 16.....	79

Section 3 : Prix.....	79
Article 17.....	79
Article 18.....	80
Article 19.....	81

**Titre III :
PASSATION DU MARCHÉ
PUBLIC..... 82**

**Chapitre I^{er} :
Opérations préalables au lancement
de la procédure de passation..... 82**

Section 1 : Calcul de la valeur estimée du besoin.....	82
Article 20.....	82
Article 21.....	83
Article 22.....	84
Article 23.....	84

Section 2 : Évaluation préalable du mode de réalisation du projet d'investissement.....	84
Article 24.....	84

**Chapitre II : Choix
de la procédure 85**

Section 1 : Procédures formalisées 85

<i>Sous-Section 1 : Procédures formalisées applicables aux pouvoirs adjudicateurs</i>	85
Article 25.....	85

<i>Sous-Section 2 : Procédures formalisées applicables aux entités adjudicatrices</i>	86
Article 26.....	86

Section 2 : Procédure adaptée86

<i>Sous-Section 1 : Marchés publics inférieurs aux seuils de procédure formalisée</i>	<i>86</i>	<i>Sous-Section 2 : Communications et échanges d'informations par voie électronique.....</i>	<i>99</i>
Article 27.....	86	Article 40.....	99
<i>Sous-Section 2 : Marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques.....</i>	<i>88</i>	Article 41.....	99
Article 28.....	88	Article 42.....	99
<i>Sous-Section 3 : Marchés publics de services juridiques de représentation</i>	<i>89</i>	Section 2 : Délais de réception es candidatures et des offres.....	100
Article 29.....	89	Article 43.....	100
Section 3 : Marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.....	89	Section 3 : Sélection des candidats.....	102
Article 30.....	89	<i>Sous-Section 1 : Conditions de participation.</i>	<i>102</i>
Chapitre III : Publicité préalable	91	Article 44.....	102
Section 1 : Avis d'appel à la concurrence	93	<i>Sous-Section 2 : Groupements d'opérateurs économiques.....</i>	<i>103</i>
<i>Sous-Section 1 : Avis de préinformation des pouvoirs adjudicateurs.....</i>	<i>93</i>	Article 45.....	103
Article 31.....	93	<i>Sous-Section 3 : Système de qualification pour les entités adjudicatrices.....</i>	<i>105</i>
<i>Sous-Section 2 : Avis périodique indicatif des entités adjudicatrices.....</i>	<i>94</i>	Article 46.....	105
Article 32.....	94	<i>Sous-Section 4 : Réduction du nombre de candidats</i>	<i>106</i>
<i>Sous-Section 3 : Avis de marché</i>	<i>95</i>	Article 47.....	106
Article 33.....	95	<i>Sous-Section 5 : Présentation des candidatures.....</i>	<i>107</i>
Article 34.....	95	Article 48.....	107
Article 35.....	96	Article 49.....	107
Section 2 : Modalités de publication des avis d'appel à la concurrence	96	<i>Sous-Section 6 : Documents justificatifs et autres moyens de preuve.....</i>	<i>108</i>
Article 36.....	96	Article 50.....	108
Section 3 : Invitation à confirmer l'intérêt	97	Article 51.....	108
Article 37.....	97	Article 52.....	109
Chapitre IV :		Article 53.....	109
Règles générales de passation	97	Article 54.....	110
Section 1 : Dématérialisation des procédures.	97	<i>Sous-Section 7 : Modalités de vérification des conditions de participation</i>	<i>110</i>
<i>Sous-Section 1 : Mise à disposition des documents de la consultation.....</i>	<i>98</i>	Article 55.....	110
Article 38.....	98	Section 4 : Invitation des candidats sélectionnés.....	111
Article 39.....	98	Article 56.....	111
		Section 5 : Choix de l'offre.....	111

<i>Sous-Section 1 : Présentation des offres</i>	111	Section 3 : Procédure négociée avec mise en concurrence préalable.....	123
Article 57	111	Article 74	123
<i>Sous-Section 2 : Variantes</i>	112	Section 4 : Dialogue compétitif	124
Article 58	112	Article 75	124
<i>Sous-Section 3 : Examen des offres</i>	114	Article 76	124
Article 59	114	Chapitre VI :	
<i>Sous-Section 4 : Offres anormalement basses</i>	115	Techniques particulières d'achat	125
Article 60	115	Section 1 : Marchés publics à tranches.....	125
<i>Sous-Section 5 : Offres contenant des produits originaires des pays tiers pour les marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices</i>	117	Article 77	125
Article 61	117	Section 2 : Accords-cadres	125
<i>Sous-Section 6 : Attribution du marché public</i>	117	Article 78	125
Article 62	117	Article 79	127
Article 63	119	Article 80	128
Article 64	119	Section 3 : Système d'acquisition dynamique.....	128
Chapitre V :		Article 81	128
Déroulement des procédures formalisées	120	Article 82	128
Article 65	120	Article 83	129
Section 1 : Appel d'offres	120	Section 4 : Enchères électroniques	129
Article 66	120	Article 84	129
<i>Sous-Section 1 : Appel d'offres ouvert</i>	121	Article 85	129
Article 67	121	Section 5 : Catalogues électroniques	130
Article 68	121	Article 86	130
<i>Sous-Section 2 : Appel d'offres restreint</i>	121	Article 87	130
Article 69	121	Section 6 : Concours	131
Article 70	121	Article 88	131
Section 2 : Procédure concurrentielle avec négociation.....	122	Article 89	132
Article 71	122	Chapitre VII : Marchés publics particuliers	133
Article 72	122	Section 1 : Marchés publics de maîtrise d'œuvre ..	133
Article 73	122	Article 90	133
		Section 2 : Marchés publics globaux.....	135
		<i>Sous-Section 1 : Marchés publics de conception-réalisation</i>	135
		Article 91.....	135

<i>Sous-Section 2 : Marchés publics globaux de performance</i>	<i>136</i>
<i>Article 92</i>	<i>136</i>
Section 3 : Partenariats d'innovation	137
<i>Article 93</i>	<i>137</i>
<i>Article 94</i>	<i>137</i>
<i>Article 95</i>	<i>138</i>
Section 4 : Marchés publics relatifs à l'achat de véhicules à moteur.....	138
<i>Article 96</i>	<i>138</i>
Section 5 : Marchés publics réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux.....	139
<i>Article 97</i>	<i>139</i>
Chapitre VIII :	
Achèvement de la procédure	139
Section 1 : Abandon de la procédure.....	140
<i>Article 98</i>	<i>140</i>
Section 2 : Information des candidats et des soumissionnaires	140
<i>Article 99</i>	<i>140</i>
<i>Article 100.....</i>	<i>141</i>
Section 3 : Signature du marché public	141
<i>Article 101.....</i>	<i>141</i>
<i>Article 102.....</i>	<i>142</i>
Section 4 : Notification du marché public	142
<i>Article 103.....</i>	<i>142</i>
Section 5 : Avis d'attribution.....	143
<i>Article 104.....</i>	<i>143</i>
Section 6 : Transparence.....	143
<i>Sous-Section 1 :</i>	
<i>Rapport de présentation des procédures menées par les pouvoirs adjudicateurs.....</i>	<i>143</i>
<i>Article 105.....</i>	<i>143</i>
<i>Sous-Section 2 : Informations conservées par les entités adjudicatrices.....</i>	<i>144</i>
<i>Article 106.....</i>	<i>144</i>

<i>Sous-Section 3 : Accès aux données essentielles des marchés publics.....</i>	<i>144</i>
<i>Article 107.....</i>	<i>144</i>

<i>Sous-Section 4 : Durée de conservation des dossiers</i>	<i>145</i>
<i>Article 108.....</i>	<i>145</i>

Titre IV :
EXÉCUTION DU MARCHÉ PUBLIC.....145

Chapitre I^{er} :
Exécution financière.....145

<i>Article 109.....</i>	<i>145</i>
-------------------------	------------

Section 1 : Avances, acomptes et régime des paiements	145
--	------------

Sous-Section 1 : Avances ***146*** |

<i>Article 110.....</i>	<i>146</i>
<i>Article 111.....</i>	<i>146</i>
<i>Article 112.....</i>	<i>147</i>
<i>Article 113.....</i>	<i>147</i>

Sous-Section 2 : Acomptes..... ***147*** |

<i>Article 114.....</i>	<i>147</i>
-------------------------	------------

Sous-Section 3 : Régime des paiements..... ***148*** |

<i>Article 115.....</i>	<i>148</i>
<i>Article 116.....</i>	<i>148</i>
<i>Article 117.....</i>	<i>148</i>
<i>Article 118.....</i>	<i>148</i>
<i>Article 119.....</i>	<i>149</i>
<i>Article 120.....</i>	<i>149</i>
<i>Article 121.....</i>	<i>149</i>

Section 2 : Garanties..... **149** |

Sous-Section 1 : Retenue de garantie ***149*** |

<i>Article 122.....</i>	<i>149</i>
<i>Article 123.....</i>	<i>150</i>
<i>Article 124.....</i>	<i>150</i>

Sous-Section 2 : Autres garanties..... ***150*** |

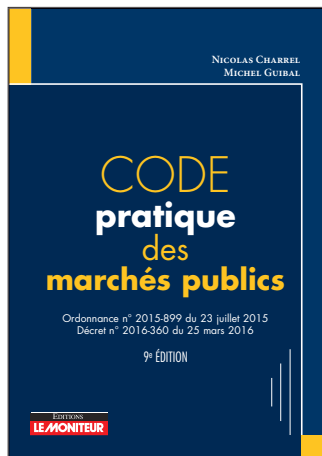
<i>Article 125.....</i>	<i>150</i>
<i>Article 126.....</i>	<i>151</i>

Section 3 : Financement.....	151
<i>Sous-Section 1 : Cession ou nantissement des créances.....</i>	<i>151</i>
Article 127.....	151
Article 128.....	152
Article 129.....	152
Article 130.....	152
Article 131.....	152
<i>Sous-Section 2 : Banque publique d'investissement.....</i>	<i>153</i>
Article 132.....	153
Chapitre II :	
Sous-traitance.....	153
Article 133.....	154
Article 134.....	154
Article 135.....	155
Article 136.....	156
Article 137.....	156
Chapitre III :	
Contrôle du coût de revient des marchés publics de l'État et de ses établissements publics	157
Article 138.....	157
Chapitre IV :	
Modification du marché public	157
Article 139.....	157
Article 140.....	159
Chapitre V :	
Observatoire économique de la commande publique	159
Article 141.....	159
Chapitre VI :	
Règlement amiable des différends	160
Article 142.....	160

DEUXIÈME PARTIE : DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

Article 143.....	161
Article 144.....	161
Chapitre I^{er} :	
Conditions de lancement de la procédure	161
Section 1 : Instruction du projet.....	161
Article 145.....	161
Article 146.....	161
Article 147.....	162
Article 148.....	162
Article 149.....	162
Article 150.....	162
Section 2 : Conditions de recours	163
Article 151.....	163
Article 152.....	163
Section 3 : Avis et autorisations préalables.....	163
Article 153.....	163
Article 154.....	163
Article 155.....	164
Chapitre II :	
Obligations relatives à l'achèvement de la procédure.....	164
Section 1 : Accord préalable à la signature.....	164
Article 156.....	164
Section 2 : Signature du marché	164
Article 157.....	164
Section 3 : Dispositions particulières relatives à la conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels	165
Article 158.....	165

SOYEZ À JOUR



Auteurs : **Nicolas Charrel**
et **Michel Guibal**

Réf. 113214 • 14 x 20 cm
45 € • Septembre 2016
700 pages

LE CODE DE RÉFÉRENCE DES MARCHÉS PUBLICS

Si la récente réforme des marchés publics reprend beaucoup de solutions dégagées par la jurisprudence, elle n'en bouleverse pas moins le droit de la commande publique.

Cette neuvième édition du Code pratique des marchés publics intègre la nouvelle réglementation des marchés publics (ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016).

Cet ouvrage analyse chaque article grâce aux textes et à la jurisprudence qui lui sont associés. Les commentaires des auteurs guident et éclairent le lecteur au travers des 293 articles de l'ordonnance et du décret relatif aux marchés publics.

Chaque article est analysé au moyen du Guide de bonnes pratiques, des arrêtés d'application, d'un commentaire pratique et de son environnement juridique (textes associés et jurisprudence). Cette édition intègre également une nouvelle rubrique *Pratique professionnelle* qui, sous forme de commandement de faire ou de ne pas faire, conseille le lecteur sur les étapes qui requièrent une vigilance accrue.

De nombreux tableaux et schémas facilitent la compréhension des procédures de passation des marchés publics et une table de concordance (ancien code/textes régissant les quasi-marchés publics/nouvelle réglementation des marchés publics) en font un outil exhaustif, pratique et aisé à manipuler.

Cet ouvrage synthétique, destiné à tous les praticiens de la commande publique vous aide à trouver rapidement vos repères au sein de la nouvelle réglementation, à anticiper et résoudre tout problème pouvant survenir durant la passation et l'exécution de vos marchés publics.

Les plus de l'ouvrage

- Les commentaires synthétiques
- Une approche opérationnelle
- Tous les textes et la jurisprudence afférente

Pour qui ?

Avocats, juristes, responsables de marchés, acheteurs, AMO et ingénieurs

Précommandez cet ouvrage sur www.lemoniteurboutique.com



**Chapitre III :
Financement du projet et rémunération du
titulaire..... 165**

Section 1 : Financement..... 165
Article 159..... 165

Section 2 : Participation au capital
du titulaire..... 165
Article 160..... 165

Section 3 : Rémunération du titulaire 165
Article 161..... 165
Article 162..... 166

**Chapitre IV :
Dispositions particulières
relatives à l'exécution des marchés
de partenariat..... 166**

Section 1 : Petites et moyennes
entreprises..... 166
Article 163..... 166

Section 2 : Délai de paiement
des prestations fournies au titulaire
du marché de partenariat 166
Article 164..... 166

Section 3 : Suivi et contrôle de l'exécution
du marché de partenariat 166
Article 165..... 166
Article 166..... 167

**TROISIÈME PARTIE : DISPOSITIONS
RELATIVES À L'OUTRE-MER**

**Chapitre I^{er} :
Dispositions générales
applicables à l'outre-mer..... 168**

Article 167..... 168

**Chapitre II :
Dispositions particulières à Mayotte..... 168**

Article 168..... 168

**Chapitre III :
Dispositions particulières
à Saint-Barthélemy, Saint-Martin
et Saint-Pierre-et-Miquelon..... 168**

Article 169..... 168

Article 170..... 169

Article 171..... 170

**Chapitre IV :
Dispositions applicables
en Nouvelle-Calédonie 171**

Article 172..... 171

**Chapitre V :
Dispositions applicables
en Polynésie française 172**

Article 173..... 172

**Chapitre VI :
Dispositions applicables
dans les îles Wallis et Futuna 174**

Article 174..... 174

**Chapitre VII :
Dispositions applicables dans les Terres
australes et antarctiques françaises..... 175**

Article 175..... 175

QUATRIÈME PARTIE : DISPOSITIONS DIVERSES

Article 176.....	178
Article 177.....	178
Article 178.....	178
Article 179.....	178
Article 180.....	178
Article 181.....	179
Article 182.....	179
Article 183.....	180
Article 184.....	180
Article 185.....	180
Article 186.....	180
Article 187.....	181

CINQUIÈME PARTIE : DISPOSITIONS FINALES

Article 188.....	181
Article 189.....	181

Annexe.....184

Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics

Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique

Avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics

Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

MODE D'EMPLOI DU CAHIER

Le Code des marchés publics a été abrogé. Il est remplacé par deux textes principaux, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (dite « Ord. ») et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (dit « D. »), entrés en vigueur le 1er avril 2016. Le présent document rassemble ces textes, assortis de commentaires, article par article, rédigés par Nicolas Charrel, avocat associé du cabinet Charrel Associés (Paris, Montpellier, Marseille), auteur du Code des marchés publics commenté et annoté aux Éditions du Moniteur, et des CCAG-MI-PI-TIC et du CCAG-Travaux commentés et annotés, également aux Éditions du Moniteur.

Les cinq avis publiés au « Journal officiel » en même temps que le décret, et l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, sont reproduits en annexe à la fin du cahier.

Un décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité (non reproduit ici) s'applique également depuis le 1er avril 2016.

SIGLES

AOO : appel d'offres ouvert

AOR : appel d'offres restreint

AOT : autorisation d'occupation temporaire

BEA : bail emphytéotique administratif

CGCT : Code général des collectivités territoriales

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMP : Code des marchés publics

D. : décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

DAJ : Direction des affaires juridiques de Bercy

DCE : dossier de consultation des entreprises

EA : entité adjudicatrice

EPA : établissement public administratif

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

Mapa : marché à procédure adaptée

OAB : offres anormalement basses

Ord. : ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

PA : pouvoir adjudicateur

PCN : procédure concurrentielle avec négociation

Éditeur : GROUPE MONITEUR - S.A.S. au capital de 333 900 euros - Siège social : Antony Parc 2, 10 place du général de gaulle, 92186 Antony
R.C.S. nanterre B 403 080 823 - Code APE 5814 Z - N° Siret : 403 080 823 00012 - N° Intracommunautaire : FR 32 403 080 823 - N° de Commission Paritaire : 0917 T
82147 - ISSN : 0026-9700 - Président, Directeur de la publication : Christophe Czajka - Rédaction des Commentaires : Nicolas Charrel,
Cabinet Charrel Associés - Responsable Editoriale : Sophie d'Auzon, Chef du service Réglementation du Moniteur - Relecture : Isabelle d'Aloïa, Caroline Reinhart
(Service « textes officiels » du Moniteur) et Leslie Bonnieu, Thomas Gaspar, Olivier Manenti (Avocats)
Secrétariat de Rédaction : Agnès Le Beon (pour desk) - Maquette : Michaël Tesson, Elodie Carpentier, Céline Boisgibault.
Dépot légal : Mai 2016

ÉCOUTER, PARTAGER, RÉSOUDRE

Fort de 20 ans d'expérience, le Cabinet CHARREL et Associés exerce des missions essentiellement en droit public des affaires, droit des contrats, droit de l'aménagement (urbanisme et environnement).

Une équipe dédiée à la mise en œuvre des marchés publics, marchés privés et des concessions (travaux, services, fournitures courantes, prestations intellectuelles, marchés industriels, TIC, aménagement, délégations de service public).

Une connaissance pluridisciplinaire des secteurs d'activités des contrats publics : construction et infrastructure, transport, déchet, télécommunication, santé, sécurité, aménagement, services publics et une éthique particulières.

Un accompagnement personnalisé des acheteurs publics ou privés et des entreprises dans l'adaptation de leur process de commande publique :

- Formation des équipes
- Préparation et optimisation des Dossiers de Consultation des acheteurs et des réponses des opérateurs économiques en marchés ou concessions
- Défense des intérêts en contentieux administratif, civil ou pénal de la commande publique

Une approche juridique et opérationnelle des contrats pour le suivi de l'exécution technique et financière :

- retard et malfaçons
- interface et responsabilité des intervenants
- décompte général
- mise en œuvre des garanties contractuelles et post-contractuelles
- Expertise et médiations

contact@charrel-avocats.com

PARIS

66, avenue Victor Hugo
75116 Paris

MONTPELLIER

5, rue Boussairolles
34000 Montpellier

MARSEILLE

43, boulevard Paul Peytral
13006 Marseille

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

NOR : EINM1506103R
JORF n° 0169 du 24 juillet 2015

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du ministre de l'Économie,
de l'Industrie et du Numérique,

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil
du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du
Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de
recours en matière de passation des marchés publics ;

Vu la directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil
du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier
propres et économes en énergie ;

Vu la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil
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 ;

Vu la directive 2010/30/UE du Parlement européen et du Conseil
du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et
d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en
énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie ;

Vu la 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 ;

Vu la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil
du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités
opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des
services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ;

Vu le Code de l'action sociale et des familles,

notamment son article L. 344-2 ;

Vu le Code général des collectivités territoriales ;

Vu le Code de commerce ;

Vu le Code de la construction et de l'habitation ;

Vu le Code de la défense ;

Vu le Code général des impôts ;

Vu le Code monétaire et financier,
notamment son article L. 211-1 ;

Vu le Code pénal ;

Vu le Code des postes et des communications électroniques,
notamment son article L. 1 ;

Vu le Code de procédure civile ;

Vu le Code de procédure pénale ;

Vu le Code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le Code de la route, notamment son article L. 110-1 ;

Vu le Code de la santé publique ;

Vu le Code de la sécurité intérieure ;

Vu le Code de la sécurité sociale, notamment son article L. 5213-13 ;

Vu le Code du travail ;

Vu le Code du travail applicable à Mayotte ;

Vu la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975
modifiée relative à la sous-traitance ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise

d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

Vu la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 modifiée relative au service public pénitentiaire ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

Vu la loi n° 95-127 du 8 février 1995 modifiée relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, notamment son article 9-1 ;

Vu la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ;

Vu la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 modifiée d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ;

Vu la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 modifiée pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;

Vu la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 modifiée pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, notamment son article 7 ;

Vu la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion ;

Vu la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014, notamment son article 12 ;

Vu la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises ;

Vu la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, notamment son article 1er ;

Vu 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, notamment ses articles 42 et 58 ;

Vu la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, notamment son article 34 ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Vu l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial ;

Vu les avis du Conseil national d'évaluation des normes en date des 4 juin et 2 juillet 2015 ;

Vu l'avis du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel en date du 9 juin 2015 ;

Vu la saisine du conseil départemental de Mayotte en date du 4 juin 2015 ;

Vu la saisine du conseil régional de Guadeloupe en date du 29 mai 2015 ;

Vu l'avis du conseil départemental de Guadeloupe en date du 11 juin 2015 ;

Vu la saisine du conseil régional de Martinique en date du 1er juin 2015 ;

Vu la saisine du conseil départemental de Martinique en date du 1er juin 2015 ;

Vu la saisine du conseil régional de La Réunion en date du 29 mai 2015 ;

Vu la saisine du conseil départemental de La Réunion en date du 29 mai 2015 ;

Vu la saisine du conseil régional de Guyane en date du 29 mai 2015 ;

Vu la saisine du conseil départemental de Guyane en date du 29 mai 2015 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Barthélemy en date du 29 mai 2015 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Martin en date du 29 mai 2015 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon en date du 29 mai 2015 ;

Vu l'avis du congrès de Nouvelle-Calédonie en date du 23 juin 2015 ;

Vu la saisine de l'assemblée de Polynésie française en date du 1er juin 2015 ;

Vu la saisine de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna en date du 4 juin 2015 ;

Le Conseil d'État entendu ;

Le conseil des ministres entendu,

Ordonne :

Titre préliminaire

Article 1

I. - Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

II. - Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les principes énoncés au I ont également pour objectif d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne.

Commentaires

L'article 1^{er} soumet les marchés publics au respect des grands principes régissant la commande publique. Il rappelle que la vocation de ces principes est également d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Dès lors, et sous réserve de certaines exceptions et atténuations qui devront être interprétées strictement, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices relevant de l'ordonnance sont soumis, par principe, à l'obligation de mise en concurrence pour tous leurs achats. D'ailleurs, la généralité de l'article 1^{er} et sa mise en exergue dans un titre préliminaire indiquent bien que les principes fondamentaux sont applicables à tous les contrats conclus par les acheteurs, y compris dans le cadre d'une procédure non formalisée.

Mise en œuvre du principe de liberté d'accès à la commande publique - Ce principe est souvent considéré dans ses rapports avec la liberté du commerce et de l'industrie. C'est sur le fondement de ce principe qu'a été jugée la conformité de l'exception « in house » (Autorité de la concurrence, 24 novembre 2011, avis n° 11-A-18, AJCT février 2012, p. 93 - sur le « in house » voir Commentaires sous l'article 17 de la présente ordonnance). De même, ne constitue pas davantage une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre le monopole accordé aux géomètres-experts en application de la loi du 7 mai 1946 (CE 7 septembre 2012, Département de la Réunion, req. n° 360032).

Mise en œuvre du principe d'égalité de traitement des candidats - Le non-respect du principe d'égalité constitue, dans les marchés publics, comme d'ailleurs dans toute la commande publique, l'angle d'attaque de préférence pour contester la régularité d'une procédure. Devant s'appliquer « à toutes les phases de la procédure de passation d'un marché » (CJCE 5 octobre 2000, aff. C-16/98, Comm. c/ France, Syndicat départemental d'électrification Vendée, Rec. CJCE 2000, I, p. 8315), le principe d'égalité de traitement des candidats doit être respecté aussi bien au stade de l'élaboration du cahier des charges qu'à celui de l'analyse des candidatures ou de l'élaboration et la mise en œuvre des critères d'attribution. Bien que considéré comme « au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative » (CE, 14 octobre 2015, SA Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 390968), le principe d'impartialité peut être considéré comme une composante du principe d'égalité et son non-respect est alors constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Mise en œuvre du principe de transparence des procédures - Lié à la mise en œuvre du principe d'égalité, le principe de transparence trouve pour l'essentiel son origine dans le droit communautaire de la commande publique (CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, aff. C-324/98).

À ce titre, le principe d'impartialité peut être également considéré comme une composante du principe de transparence, compte tenu des situations

susceptibles de générer des conflits d'intérêt (cf. CE, 14 octobre 2015, préc.).

Efficacité de la commande publique et bonne utilisation des deniers publics - Pour la doctrine, à défaut de constituer un principe sanctionné en tant que tel, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics peut apparaître comme une justification de l'utilité de l'arsenal textuel auquel sont soumis les acheteurs publics ou assimilés.

Définition des marchés de la défense - Les marchés de défense ou de sécurité bénéficient d'un régime spécifique en raison de la singularité que présente leur objet. L'article 6 de l'ordonnance prévoit à ce titre un régime qui, bien que soumis aux règles de la commande publique, leur est nécessairement propre (voir décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité - JO du 27 mars 2016). Au-delà de cette observation, l'article 16 de l'ordonnance précise les cas d'exclusion des marchés publics de défense ou de sécurité des règles de la commande publique.

Références

D., art. 1er.

Article 2

I. - Les acheteurs garantissent aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne.

Dans les autres cas, les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre. Les modalités d'application du présent alinéa sont en tant que de besoin précisées par voie réglementaire.

II. - Les marchés publics de défense ou de sécurité, exclus ou exemptés de l'accord sur les marchés publics ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

Les acheteurs peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, les opérateurs économiques d'un pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité.

III. - Pour l'application de la présente ordonnance, les États parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des États membres de l'Union européenne.

Commentaires

Portée du principe de non-discrimination - L'ordonnance prévoit expressément la faculté pour les acheteurs d'établir des critères fondés sur l'origine des travaux, des fournitures et des services ou sur la nationalité des opérateurs, dès lors que les entreprises susceptibles de candidater sont des opérateurs économiques issus d'États non signataires de l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC ou de tout

autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie. En dehors de cette hypothèse, les acheteurs doivent nécessairement faire prévaloir le principe de la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement dans le choix de l'attributaire.

Références

D., art. 3.

Article 3

Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

Commentaires

Nature des contrats relevant de l'ordonnance – S'appuyant sur le critère organique pour les marchés publics relevant de son champ d'application, l'ordonnance maintient la distinction entre « marchés publics de droit public » et « marchés publics de droit privé ». Dans le cadre de l'ordonnance, seuls les marchés publics conclus par des personnes morales de droit public peuvent se voir reconnaître le caractère de contrats administratifs. Il en résulte, notamment, qu'un pouvoir adjudicateur personne morale de droit privé (une SPL ou une SEM par exemple) relève du champ de l'ordonnance « marchés publics », mais conclut, pour la réalisation des opérations relevant de ses activités, des contrats de droit privé (CE, 11 mars 2011, req. n° 330722, Communauté d'agglomération du Grand Toulouse).

PREMIÈRE PARTIE : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Titre I^{er} : Champ d'application

Chapitre I^{er} : Marchés publics et acheteurs soumis à la présente ordonnance

Section 1 : Définition des marchés publics

Article 4

Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Les marchés de partenariat définis à l'article 67 sont des marchés publics au sens du présent article.

Commentaires

Définition matérielle des marchés publics et des accords-cadres - L'article 4 de l'ordonnance définit la notion de marché public et d'accord-cadre. Cet article opère une rationalisation en englobant dans la notion de marché public les contrats de partenariat (devenus les marchés de partenariat - voir Commentaires sous l'article 67) et tous les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs anciennement soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005.

Incidence pénale de la nouvelle définition des marchés publics - Sur le plan pénal, cette rationalisation des définitions induit un élargissement du périmètre d'application de l'article 432-14 du Code pénal (relatif au délit d'octroi d'avantages injustifiés, autrement appelé délit de favoritisme) à tous les contrats qualifiables de « marchés publics au sens de l'ordonnance » du 23 juillet 2015, sous réserve bien entendu que les autres éléments du délit (critère organique pour les personnes qui y seraient soumises et éléments matériels de l'infraction) soient réunis.

Absence de commande publique pour les contrats conclus entre personnes

publiques - Sur ce point, l'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend les éléments des directives « Marchés publics » de 2014. Celles-ci reprennent elles-mêmes l'état du droit jurisprudentiel européen sur la question. La CJUE avait en effet dès 2009 reconnu l'exclusion du champ d'application des directives « Marchés publics » d'une convention conclue entre des autorités publiques sans participation d'une personne privée en ce qu'elle relevait de la simple coopération entre collectivités publiques ayant pour objet la mise en œuvre d'une mission de service public (CJUE 9 juin 2009, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, aff. C-480/06 - voir également CE 3 février 2012, Commune de Veyrier-du-Lac et Communauté d'agglomération d'Annecy, req. n° 353737 à propos d'une convention d'entente entre une commune et une communauté d'agglomération prise en application de l'article L. 5221-1 du CGCT). Désormais, et malgré une position de plus en plus restrictive de la jurisprudence, sont exclus du champ d'application de l'ordonnance les transferts de compétence et de responsabilité (voir Commentaires sous article 7) et les contrats relatifs aux relations internes au secteur public (voir section 4, Commentaires sous article 17 pour les contrats « in house » et 18 pour les conventions de coopération public-public non soumises à l'ordonnance).

Notion de commande publique et de contrat public - Il faut garder à l'esprit que cette ordonnance n'est pas le seul instrument de la commande publique, dans la mesure où d'autres contrats, bien que matériellement comparables aux marchés publics et aux accords-cadres, peuvent eux-mêmes être soumis à des règles spécifiques de mise en concurrence et de publicité au regard de leur propre qualification. En effet, l'ordonnance « marchés publics » est accompagnée non seulement par d'autres textes (ordonnance « concession »), mais laisse perdurer des régimes spécifiques comme les concessions d'aménagement du Code de l'urbanisme, les contrats de revitalisation artisanale et commerciale (Crac - art. 19 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 et décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015), notamment.

Malgré cela, l'ordonnance procède également à un toilettage de certains contrats portant occupation du domaine public (BEA y compris de revalorisation, AOT, avec charges de travaux), en interdisant le maintien de l'obligation de réalisation de travaux même avec mise en concurrence (voir ci-après commentaires sous l'article 101).

Absence de caractère onéreux et marchés publics - L'article 4 de l'ordonnance reprend le caractère onéreux du marché public. Classiquement, la notion de marché public implique la rémunération du cocontractant pour les prestations qu'il fournit au pouvoir adjudicateur (acheteur). Tout aussi classiquement, cette onérosité du contrat assure en principe la qualification du marché public, y compris en cas « d'abandon de recettes ».

Les marchés de partenariat - L'intégration des marchés de partenariat dans le champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 procède d'une harmonisation des définitions française et européenne de la notion de marché public. En effet, au regard de la définition européenne, les contrats de partenariat relevaient en tout état de cause de cette notion. Or, le législateur français ne s'était jamais résolu à intégrer le régime des contrats de partenariat dans le Code des marchés publics. Ce qui est désormais chose faite et qui permet, en définitive, d'assurer une plus grande cohérence des contrats de la commande publique.

Références

Textes

D., art. 1 ; art. 78 ; art. 79 ; art. 80.

Article 5

I. - Les marchés publics de travaux ont pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

II. - Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.

Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

III. - Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

IV. - Lorsqu'un marché public porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Commentaires

Définition de l'objet des marchés publics - En réservant un article spécifique à la définition matérielle du marché public, l'ordonnance permet de clarifier les objets, parfois les plus divers, de la commande publique, sériés pour partie dans l'ordonnance, intégrant les marchés de partenariat et renforçant les possibilités d'utilisation des contrats globaux. En transposant les définitions des directives « Marchés publics » concernant les marchés de fournitures, l'article 5 permet d'imposer le maintien de la notion malgré l'existence à titre accessoire de travaux de pose et d'installation. Cela pourrait permettre de lever certaines difficultés de qualification des relations au regard du pouvoir adjudicateur, notamment en matière de sous-traitance, en principe inapplicable à des contrats qui ne sont pas des contrats d'entreprise.

Références

Textes

D., art. 1.

Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique (reproduit en annexe du cahier) - NOR : E1NM1608130V - JO du 27 mars 2016.

Article 6

Les marchés publics de défense ou de sécurité sont les marchés publics passés par l'État ou ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et ayant pour objet :

1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;

2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou

classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;

3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou au 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;

4° Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale.

Commentaires

Définition des marchés de la défense - Les marchés de défense ou de sécurité bénéficient d'un régime spécifique en raison de la singularité que présente leur objet. L'article 6 de l'ordonnance prévoit à ce titre un régime qui, bien que soumis aux règles de la commande publique, leur est nécessairement propre. Au-delà de cette observation, l'article 16 précise les cas d'exclusion des marchés publics de défense ou de sécurité des règles de la commande publique.

Références

Textes

D., art. 1.

Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Article 7

Ne sont pas des marchés publics, au sens de la présente ordonnance :

1° Les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs soumis à l'ordonnance en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ;

2° Les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 sus-visée ;

3° Les contrats de travail.

Commentaires

Portée des exclusions de l'article 7 - Malgré une volonté de renforcement de la cohérence des nouvelles dispositions, l'ordonnance comporte un article d'exclusion de son champ d'application qui n'intègre pas tous les cas de figure, et notamment les exclusions applicables aux relations internes au secteur public (voir section 4, article 17 pour les contrats « in house » et 18 pour les conventions de coopération public-public non soumises à l'ordonnance).

Concernant les transferts de compétences ou de responsabilités visés au 1° de l'article 7, il restera en pratique à bien identifier et distinguer les hypothèses de réel transfert impliquant un dessaisissement de droit de l'autorité préalablement compétente, de celles, plus délicates, de transferts de responsabilité qui peut induire un conventionnement impliquant sinon une rémunération, du moins souvent un défraiement. En tout état de cause, l'absence de toute rémunération, quel que soit d'ailleurs le type de contrat, induit l'absence de caractère onéreux du contrat et, de ce fait, l'absence de tout marché en application de l'article 4. Cette absence d'onérosité se retrouve pour l'exclusion des subventions au titre de l'article 7.2°.

Enfin, de manière non discutable, les contrats de travail, qui figuraient dans l'ancienne liste de l'article 3 du Code des marchés publics, restent également exclus de la commande publique.

Section 2 : Définition du concours

Article 8

Le concours est un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données.

Commentaires

Définition de la procédure de concours – La procédure utilisée est un concours lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit la remise d'une prestation sous la forme d'un plan ou d'un projet par les opérateurs mis en concurrence, et ce notamment dans les domaines de l'aménagement, de l'urbanisme, de l'architecture. Tous les domaines peuvent être concernés dès lors que la remise d'une telle prestation est exigée.

Si la procédure de concours était expressément définie dans le Code des marchés publics, l'ordonnance relative aux marchés publics écarte le concours du champ de l'article 42 qui précise les différentes procédures de passation d'un marché public. Le concours ne s'apparente donc ni à un marché public ni à une véritable procédure de passation, ce qui en tout état de cause laisse présager que sa mise en œuvre devra résulter d'une procédure de droit commun prévue à l'article 42. À ce titre, le concours n'est pas complètement une procédure d'attribution.

Références

D., art. 88 ; art. 89 ; art. 90 ; art. 91.

Section 3 : Définition des acheteurs soumis à la présente ordonnance

Article 9

Les acheteurs publics ou privés soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11.

Commentaires

Notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice – Le « pouvoir adjudicateur » désigne les acheteurs publics dans leur ensemble, alors que l'expression « entité adjudicatrice » désigne les acheteurs publics exerçant une mission d'organisation ou d'exploitation de réseaux d'énergie, d'eau ou de transport (voir Commentaires de l'article 12 de l'ordonnance).

Fin de la dichotomie Code des marchés publics - ordonnance du 6 juin 2005 – L'ordonnance relative aux marchés publics met fin à cette dichotomie par l'abrogation du Code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005 (n° 2005-649 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés

publics) ; et par la réunion des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, désormais désignés sous le vocable d'acheteurs. Les règles des marchés publics s'appliquent dès lors à tous les acheteurs et elles sont contenues dans un seul et même corpus juridique. Cependant, plusieurs dispositions spécifiques aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices subsistent dans l'ordonnance et dans le décret marchés publics.

Article 10

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

1° Les personnes morales de droit public ;

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour 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 ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

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 ;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Commentaires

Notion de pouvoir adjudicateur et d'organisme de droit public – Le droit européen, ne faisant pas la distinction entre les personnes morales de droit public ou de droit privé, implique une adaptation, au sein de l'ordonnance, des dispositions concernant cette catégorie d'acheteurs publics.

Références

D., art. 2.

Article 11

Les entités adjudicatrices sont :

1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12 ;

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs 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 pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-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 ;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12 et d'affecter substantiellement la capacité

des autres opérateurs économiques à exercer cette activité. Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs au sens du présent 3° les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

Commentaires

Notion d'entité adjudicatrice et d'entreprise publique - Les entités adjudicatrices correspondent aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils exercent une activité d'opérateur de réseaux telle qu'elle est définie par l'article 12, et aux autres entités « entreprises publiques » opérant dans ces mêmes domaines.

L'article 11 définit la notion d'entreprise publique en transposant pleinement les dispositions européennes. La distinction entre les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice peut avoir des incidences sur les modalités de mise en œuvre des différentes procédures telles que définies dans le décret d'application de l'ordonnance.

Références

Textes

D., art. 2 ; art. 26.

Section 4 : Définition des activités d'opérateur de réseaux

Article 12

I. - Sont des activités d'opérateur de réseaux au sens de la présente ordonnance :

1° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur ;

2° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ;

3° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable.

Sont également soumis aux dispositions applicables aux entités adjudicatrices les marchés publics passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés :

a) Soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées ;
b) Soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;

4° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

a) D'extraire du pétrole ou du gaz ;
b) De prospecter ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides ;

5° Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux ;

6° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats

destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service, notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;

7° Les activités visant à fournir des services postaux mentionnés à l'article L. 1 du Code des postes et des communications électroniques ou, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs de tels services postaux, les services suivants :

a) Les services de gestion de services courrier ;
b) Les services d'envois non postaux tels que le publipostage sans adresse.

II. - Ne sont pas des activités d'opérateur de réseaux au sens de la présente ordonnance :

1° L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

2° L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

3° L'alimentation en eau potable des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) La quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

III. - Au sens du présent article, l'alimentation de réseaux comprend la production, la vente en gros et la vente de détail.

Commentaires

Les activités d'opérateurs de réseaux - Cet article définit les domaines d'activités des opérateurs de réseaux. La notion est maintenant bien ancrée en droit européen, et l'ordonnance l'a reprise conformément à celle de la directive n° 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Les règles qui doivent normalement découler des activités particulières d'opérateurs de réseaux sont précisées par le décret d'application de l'ordonnance.

Section 5 : Définition des opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires

Article 13

Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public.

Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public.

Commentaires

Définition des notions d'opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires - L'article 13 n'apporte aucun autre élément que la définition des trois notions qui vont être régulièrement employées dans les procédures de commande publique, et plus particulièrement de marchés publics.

Chapitre II : Marchés publics exclus

Section 1 : Exclusions applicables aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs

Article 14

Sous réserve des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité prévues à l'article 16, la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à la présente ordonnance lorsque cet acheteur bénéficie, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

2° Les marchés publics 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 ;

3° Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.

La recherche et développement regroupe l'ensemble des activités rele-

vant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;

4° Les marchés publics de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;

5° Les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ;

6° Les marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;

7° Les marchés publics de services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ;

8° Les marchés publics de services qui sont des contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 7° ;

9° Lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif :

a) Les marchés publics de services d'incendie et de secours ;

b) Les marchés publics de services de protection civile ;

c) Les marchés publics de services de sécurité nucléaire ;

d) Les marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;

10° Les marchés publics de services juridiques suivants :

a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;

b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;

c) Les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;

11° Les marchés publics 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'État l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens ;

12° Les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

a) Un accord international, y compris un arrangement administratif, conclu entre un État membre de l'Union européenne et un ou plusieurs États tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;

b) Une organisation internationale ;

13° Les marchés publics qui sont conclus :

a) Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ;

b) Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par

cette organisation internationale;

14° Les marchés publics de services qui :

a) Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion;

b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la co-production de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.

Au sens du présent 14°, la notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique;

15° Les marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques;

16° Les marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens du 7° du I de l'article 12 et relatifs :

a) Aux services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé;

b) Aux services bancaires et d'investissement et les services d'assurance;

c) Aux services de philatélie;

d) Aux services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express;

17° Les marchés publics passés ou organisés par un pouvoir adjudicateur exerçant une ou plusieurs des activités visées au 4° du I de l'article 12 et qui sont relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz;

18° Les marchés publics passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux qui sont exclus de la présente ordonnance en application des 2° à 5° de l'article 15 ou cessent d'y être soumis en application du 6° de l'article 15.

Commentaires

Définition des contrats des pouvoirs adjudicateurs hors champ d'application des marchés publics - L'article 14 complète la liste des exclusions déjà entamée aux articles 7, 17 et 18 de l'ordonnance et dresse ainsi une nouvelle liste limitative des contrats exclus du champ d'application des obligations de l'ordonnance, en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs (une liste spécifique, à l'article 15, complète encore les exclusions applicables aux entités adjudicatrices). Comme il s'agit d'exceptions, leur interprétation est en principe stricte.

L'article apporte des nouveautés par rapport aux exceptions antérieurement définies à l'article 3 du Code des marchés publics (par exemple, a été ajoutée une exception pour les marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro), alors même que les exclusions concernant les contrats de travail ont été incluses à l'article 7 et que celles des contrats « in house » figurent à l'article 17.

Section 2 :

Exclusions applicables aux marchés publics passés par les entités adjudicatrices

Article 15

Sous réserve des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité prévues à l'article 16, la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les entités adjudicatrices et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les marchés publics mentionnés aux 1° à 13° de l'article 14;

2° Les marchés publics passés pour l'achat d'eau, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités relatives à l'eau potable mentionnées au 3° du I de l'article 12;

3° Les marchés publics passés pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités dans le secteur de l'énergie mentionnées aux 1°, 2° et 4° du I de l'article 12;

4° Les marchés publics passés pour la revente ou la location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés publics et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice. Toutefois, cette exclusion ne s'applique pas lorsque ces marchés publics sont passés par les centrales d'achat.

Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, à sa demande, les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclus en vertu du présent 4°;

5° Les marchés publics de services qui sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion. La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique;

6° Les marchés publics passés par les entités adjudicatrices dans un État membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un État membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet État ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Commentaires

Définition des contrats des entités adjudicatrices hors champ d'application des marchés publics - L'article 15, comme l'article 14, dresse la liste des exclusions du champ d'application de l'ordonnance, mais concernant cette fois les entités adjudicatrices. Cette liste, qui n'est pas totalement identique à celle de l'article 14 compte tenu des spécificités des activités des entités adjudicatrices, apporte également des nouveautés par rapport à l'ancien article 137 du Code des marchés publics.

Cet article définit les exceptions sectorielles pour certaines catégories d'achats lorsque l'entité adjudicatrice exploite réellement elle-même les services correspondants, si bien qu'elle est en situation totalement concurrentielle.

Section 3 : Exclusions propres aux marchés publics de défense ou de sécurité

Article 16

La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :

- 1° Les marchés publics mentionnés aux 1° à 5° de l'article 14 ;
- 2° Les marchés publics de services financiers à l'exception des services d'assurance ;
- 3° Les marchés publics portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État l'exige ;
- 4° Les marchés publics pour lesquels l'application de la présente ordonnance obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'État ;
- 5° Les marchés publics conclus en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ;
- 6° Les marchés publics conclus selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers ;
- 7° Les marchés publics destinés aux activités de renseignement ;
- 8° Les marchés publics passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'État et un autre État membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article 6. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'États membres, l'État notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque État membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;
- 9° Les marchés publics y compris pour des achats civils passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;
- 10° Les marchés publics passés par l'État et attribués à un autre État ou à une subdivision de ce dernier.

Commentaires

Définition des marchés de défense ou de sécurité hors champ d'application de l'ordonnance - L'article 16 enfin, comme les deux précédents, dresse la liste des exclusions du champ d'application de l'ordonnance concernant les contrats de la défense.

Ces marchés doivent avoir un objet spécifique attaché à la fonction de défense ou de sécurité pour en relever. Il ne peut s'agir logiquement de simples marchés de travaux, de fournitures ou de services.

Section 4 : Exclusions applicables aux relations internes au secteur public

Sous-section 1 : Quasi-régie

Article 17

I. - La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, à une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- 2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;
- 3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

II. - Le I s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, attribue un marché public :

- 1° Soit au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les conditions fixées au III ;
- 2° Soit à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

III. - La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues au I, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;
- 2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;
- 3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de

capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;
- b) Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;
- c) La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

IV. - Le pourcentage d'activités mentionné au 2° du I et au 2° du III est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public.

Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable.

Commentaires

Assouplissement de la notion de contrôle analogue et de clause d'exclusivité pour la mise en œuvre de l'exception « in house »

- Le recours à l'exception « in house » suppose notamment que le pouvoir adjudicateur attribue le marché à une personne morale sur laquelle il exerce « un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». L'article 17 de l'ordonnance procède à une extension des possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs d'exercer un tel « contrôle analogue » sur une personne morale. Ce faisant, ces dispositions reviennent sur la jurisprudence « Commune de Marsannay-la-Côte » (CE, 6 novembre 2013, req.n° 365079). Dans cette décision, le Conseil d'État avait considéré que le pouvoir adjudicateur devait « participer non seulement [au capital de la société contrôlée] mais également aux organes de direction de cette société ». Il exigeait ainsi une participation directe aux organes de direction, excluant de facto le recours au mécanisme « in house » pour les collectivités membres de l'assemblée spéciale des « petits actionnaires » au sens de l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales. Désormais, l'article 17 précise que lorsqu'un pouvoir adjudicateur participant est représenté par une autre personne, la condition de représentation aux organes décisionnels est réputée exercée, ce qui remet nécessairement en cause la condition stricte d'une participation directe qu'avait posée le Conseil d'État. Par ailleurs, l'article 17 ouvre également le champ des conditions d'exercice du « contrôle analogue » en prévoyant que :

- Le capital de la personne morale contrôlée peut comporter des capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage. Cette considération vise dès lors l'intégration des sociétés d'économie mixte (SEM) dans les prestations « in house », qui avait pourtant été remise en cause par la jurisprudence européenne (CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA, aff. C-340/04 ; CJUE, 29 novembre 2012, Econord SpA, aff. C-182/11) ; et avait d'ailleurs conduit le législateur à créer les sociétés publiques locales avec un capital à 100 % public, par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010. Finalement, l'article 17 de l'ordonnance revient, à l'instar de l'article 12 de la directive européenne 2014/24, sur les principes posés par la jurisprudence européenne, ce qui induit par voie de conséquence la possibilité retrouvée pour les SEM de bénéficier du dispositif « in house » dès lors que 80 % de leur activité est réalisée pour le compte des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

- La personne morale contrôlée pourra consacrer 20 % de son activité à des tâches autres que celles qui lui auront été confiées par ses membres, ce qui signifie aussi que 20 % de l'activité pourra être consacrée à une activité qui ne présente pas un caractère d'intérêt général, sauf maintien d'interdictions spécifiques, ce qui peut être le cas pour les SPL.

Les paragraphes I et III de l'article 17 semblent, en outre, se faire écho en ce sens que, hormis la possibilité que le contrôle analogue puisse être exercé conjointement par des pouvoirs adjudicateurs, rien dans les dispositions de ces paragraphes ne semble a priori fondamentalement différent. Le paragraphe I semble viser l'hypothèse d'une entité dont le capital serait détenu par un seul pouvoir adjudicateur (et des actionnaires privés) tandis que le paragraphe III concernerait l'hypothèse d'une entité dont le capital serait détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Sous-section 2 : Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Article 18

La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;
- 2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 17.

Commentaires

Absence de commande publique pour les contrats conclus entre personnes publiques

- Comme indiqué dans les Commentaires sous l'article 4, l'évolution de la jurisprudence européenne a été intégrée dans les directives « Marchés publics » de 2014 et transposée par l'ordonnance, imposant, dès lors, deux conditions particulières pour faire échapper les coopérations public-public aux règles de la commande publique.

La première conduit à faire la double démonstration de la nécessité d'une coopération effective n'obéissant qu'à des considérations d'intérêt général : si l'intérêt général, et notamment le souci d'économie, peut rarement faire défaut, notamment dans le cadre d'une démarche de mutualisation, la condition de coopération effective peut en pratique être plus délicate à assurer, dès lors que la coopération est souvent dans un seul sens et assez directement liée aux prestations d'un pouvoir adjudicateur au bénéfice d'une autre.

La seconde condition donne une limite d'intervention sur le secteur privé, à hauteur de 20 % des activités concernées, selon les modes de calcul définis à l'article 17 concernant les activités des organismes « in house » pouvant être réalisées en dehors des seuls membres. Il faut ainsi prendre « en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public. Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage

d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable ». La mise en œuvre de ce mode de calcul et même la définition du pourcentage d'activité peut n'être en pratique pas réalisable.

Sous-section 3 : Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

Article 19

I. - La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseaux avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les marchés publics de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;

2° Les marchés publics de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;

3° Les marchés publics de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché public, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises.

II. - Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice :

1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;

2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 ;

3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 ;

4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11.

Commentaires

Exclusions concernant les entités adjudicatrices et leurs entreprises liées - Reprenant l'ancien article 138 du Code des marchés publics 2006, cet article exonère purement et simplement les entités adjudicatrices de l'application de l'ordonnance lorsqu'elles passent un contrat avec les entreprises qui leur sont liées. On peut considérer qu'une entreprise est « liée » lorsqu'elle réalise au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen avec la ou les entités adjudicatrices auxquelles elle est liée. Pour l'application de cette exception, l'article 19 transpose la définition de l'entreprise liée donnée par la directive « Secteurs spéciaux » 2014/25.

Sous-section 4 : Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise

Article 20

La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi qu'aux marchés publics passés par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;

2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant la période mentionnée au 1°.

Commentaires

Exclusions concernant les entités adjudicatrices et leurs co-entrepreneurs - Reprenant l'ancien article 139 du Code des marchés publics 2006, cet article exonère purement et simplement les entités adjudicatrices de l'application de l'ordonnance lorsqu'elles passent un contrat entre elles, ou avec des groupements qu'elles constituent. Il complète les cas d'exclusion de type « in house » déjà évoqués à l'article 17.

Chapitre III : Contrats particuliers

Section 1 : Contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs

Article 21

I. - Les contrats passés par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs mentionnés à l'article 9 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis aux dispo-

sitions de la présente ordonnance applicables aux pouvoirs adjudicateurs, à l'exception des articles 59 à 64, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 ;

2° L'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes :

- a) Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° du I de l'article 5 ;
- b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ;
- c) Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article.

Toutefois, par dérogation à l'article 32, ces contrats peuvent être passés en lots séparés.

II. - Le pouvoir adjudicateur qui octroie des subventions dans les conditions du I veille au respect des dispositions de la présente ordonnance.

Commentaires

Spécificité des marchés subventionnés - Aucune disposition dans le Code des marchés publics n'était jusqu'alors prévue concernant cette catégorie particulière de marché. L'article 21 de l'ordonnance précise désormais que les contrats subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur doivent nécessairement se conformer aux règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs, exceptés les articles 59 à 64 de l'ordonnance (relatifs à l'exécution du marché, hors sa modification). Deux conditions doivent cependant être réunies : l'objet du contrat ne peut porter que sur la réalisation de travaux spécifiques ou sur des prestations de service liées à ces travaux ; la valeur du besoin doit également excéder les seuils européens des procédures formalisées.

Une curiosité rédactionnelle demeure sur la prétendue dérogation à l'article 32 (imposant l'allotissement). La seconde phrase du I.c) de l'article 21 mentionne que « ces contrats peuvent être passés en lots séparés » : soit il convient d'en déduire que la précision de cette possibilité est inutile dès lors que l'article 32 impose l'allotissement, soit au contraire, avec l'emploi du verbe « pouvoir », par opposition à « devoir », il faudrait en déduire que l'allotissement ne serait pas, dans ce cas, obligatoire, auquel cas il suffit de l'écrire comme tel.

Les contrats en cause, et le fait de ne pas respecter ces dispositions, peuvent être contestés devant le juge judiciaire en application des articles 1441-I et suivants du Code de procédure civile, à la condition qu'ils reçoivent la qualification de contrats de droit privé de la commande publique.

Section 2 : Contrats mixtes

Article 22

I. - Les acheteurs peuvent décider de conclure un contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui n'en relèvent pas, à condition que ce choix n'ait pas été effectué dans le but de soustraire ce contrat du champ d'application de la présente ordonnance. Les dispositions de l'article 23 leur sont alors applicables.

II. - Lorsque les acheteurs décident de conclure un marché public unique destiné à satisfaire à la fois des besoins liés à leur activité de pouvoir adjudicateur et des besoins liés à leur activité d'entité adjudicatrice, les

dispositions de l'article 24 s'appliquent.

III. - Lorsqu'un contrat unique porte en partie sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité ou de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les dispositions de l'article 25 s'appliquent.

Commentaires

Les trois types de contrats uniques mixtes de l'article 22 - L'article 22 prévoit trois hypothèses de contrats mixtes dont le régime est respectivement régi par référence aux articles 23, 24 et 25. Il semble que l'ordonnance tente d'anticiper tous les régimes de contrats qui, jusque-là, étaient susceptibles d'échapper aux marchés publics du fait de leur spécificité. Sont donc ciblés :

- les contrats uniques dont l'objet porte à la fois sur des prestations qui relèvent de l'ordonnance et sur des prestations qui n'en relèvent pas (art. 22-I et 23) ;
- les contrats uniques visant à satisfaire des besoins liés à l'activité de pouvoir adjudicateur et des besoins liés à celle d'opérateur de réseaux (art. 22-II et 24) ;

les contrats uniques dont l'objet relève en partie d'un marché public de défense ou de sécurité, ou de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 22-III et 25).

En tout état de cause, l'article précise que le choix d'un contrat unique pour satisfaire des besoins mixtes ne peut être fait pour échapper à l'ordonnance - ce qui reste souvent la motivation première compte tenu du formalisme induit, mais qui reste aussi à prouver, rappel étant fait des conséquences pénales d'un mauvais choix.

Références

Textes

Décret n° 2016-361 relatif aux marchés de défense et de sécurité.

Article 23

I. - Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas, la présente ordonnance n'est pas applicable si les prestations ne relevant pas de la présente ordonnance constituent l'objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat, la présente ordonnance s'applique.

II. - Nonobstant les dispositions du I, lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent du régime juridique des marchés publics et des prestations qui relèvent du régime juridique des contrats de concession :

1° La présente ordonnance est applicable lorsque les prestations sont objectivement inséparables et que celles qui relèvent du régime juridique des marchés publics constituent l'objet principal du contrat ou lorsqu'il est impossible de déterminer l'objet principal du contrat ;

2° La présente ordonnance est applicable lorsque les prestations sont objectivement séparables et que celles qui relèvent du régime juridique des marchés publics constituent l'objet principal du contrat ou lorsque la valeur estimée hors taxe de ces prestations est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42.

Commentaires

Les deux types de contrats uniques mixtes de l'article 23 - L'article 23 concerne deux catégories de contrats uniques mixtes :

- le contrat unique porte à la fois sur des besoins qui relèvent de l'ordonnance et sur des besoins qui ne relèvent ni de l'ordonnance ni des dispositions relatives aux marchés publics de défense ou de sécurité ni même des dispositions relatives aux contrats de concession. Dans ce cas, le marché ne sera soumis à l'ordonnance que si son objet porte principalement sur des besoins qui relèvent de l'ordonnance - la part des prestations n'en relevant pas demeurant alors accessoire. À l'inverse, lorsque l'objet principal du marché porte sur des prestations qui ne relèvent pas des dispositions de l'ordonnance, celle-ci ne sera plus applicable à condition que les différentes parties du contrat soient objectivement inséparables. Ce qui signifie aussi que lorsque l'objet principal du marché porte sur des prestations qui ne relèvent pas de l'ordonnance mais que les différentes parties du contrat sont objectivement séparables, les dispositions de l'ordonnance devront nécessairement être appliquées ;
- le contrat unique porte à la fois sur des besoins qui relèvent de l'ordonnance et des dispositions relatives aux contrats de concession. Dans ce cas, le marché ne sera soumis aux dispositions de l'ordonnance que si son objet porte principalement sur des prestations qui relèvent de l'ordonnance et qui sont objectivement inséparables. Lorsque les prestations sont objectivement séparables et que celles qui relèvent de l'ordonnance constituent l'objet principal du contrat ou lorsque la valeur estimée hors taxe de ces prestations est égale ou supérieure aux seuils européens, l'ordonnance devra nécessairement s'appliquer.

Il convient en outre de souligner que, dans tous les cas, lorsque l'objet principal du contrat ne peut être précisément déterminé, l'ordonnance doit nécessairement s'appliquer.

Article 24

Lorsqu'un acheteur décide de conclure un marché public unique destiné à satisfaire un besoin concernant à la fois ses activités de pouvoir adjudicateur et ses activités d'entité adjudicatrice, les règles applicables sont :
 1° Les règles applicables aux entités adjudicatrices, lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité d'entité adjudicatrice ;
 2° Les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs, lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité de pouvoir adjudicateur ou s'il est impossible de déterminer à quelle activité ce marché public est principalement destiné.

Commentaires

Les contrats uniques dont l'objet doit satisfaire un besoin du pouvoir adjudicateur et de son activité d'opérateur de réseaux - C'est au regard de l'objet principal du marché qui portera sur la satisfaction d'un besoin lié soit à l'activité de pouvoir adjudicateur, soit à celle d'opérateur de réseaux que les règles applicables à la passation d'un tel marché pourront être déterminées. Néanmoins, lorsque l'objet principal ne peut être précisément déterminé, ce sont les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs qui doivent nécessairement s'appliquer.

Article 25

I. - Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas en vertu de son article 16 ou qui relèvent de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la présente ordonnance ne s'applique pas, quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.
 II. - Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui re-

lèvent des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des contrats de concession, les dispositions applicables sont, au choix de l'acheteur, les dispositions de la présente ordonnance applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité ou les règles applicables aux contrats de concession, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

III. - Lorsque le marché public unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les règles applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité s'appliquent, quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives.

Commentaires

Spécificité concernant les marchés de défense ou de sécurité - Les marchés de défense ou de sécurité bénéficient d'un régime spécifique en raison de la singularité que présente leur objet (voir articles 6 et 16 de l'ordonnance). De plus, l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne écarte également des règles de la commande publique certains marchés publics de défense.

Trois hypothèses sont à préciser au titre de l'article 25 :

- lorsque le contrat porte à la fois sur des prestations qui relèvent de l'ordonnance et sur d'autres qui n'en relèvent pas conformément à l'article 16 de l'ordonnance ou à l'article 346 du TFUE, l'ordonnance ne sera pas applicable quel que soit son objet principal ;
- lorsque le contrat porte à la fois sur des prestations qui relèvent des dispositions applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité et sur d'autres qui relèvent du régime des contrats de concession, c'est à l'acheteur que revient le choix du régime applicable ;
- lorsque le contrat porte à la fois sur des prestations qui relèvent des dispositions applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des marchés publics autres, ce sont les premières qui demeurent applicables quel que soit l'objet principal du contrat.

Il convient en outre de souligner que l'article 25 limite néanmoins la passation d'un marché public unique à la justification de raisons objectives.

Références

Textes

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.
 Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Titre II : Passation des marchés publics

Chapitre I^{er} : Dispositions générales

Section 1 :

Achats centralisés et groupés

Sous-section 1 : Centrales d'achat

Article 26

I. - Une centrale d'achat est un acheteur soumis à la présente ordonnance qui a pour objet d'exercer des activités d'achat centralisées qui sont :

1° L'acquisition de fournitures ou de services destinés à des acheteurs ;
2° La passation des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés à des acheteurs.

II. - Les acheteurs qui recourent à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, ils demeurent responsables du respect des dispositions de la présente ordonnance pour les opérations de passation ou d'exécution du marché public dont ils se chargent eux-mêmes.

III. - Les acheteurs qui recourent à une centrale d'achat pour une activité d'achat centralisée peuvent également lui confier, sans appliquer les procédures de passation prévues par la présente ordonnance, des activités d'achat auxiliaires.

Les activités d'achat auxiliaires consistent à fournir une assistance à la passation des marchés publics, notamment sous les formes suivantes :

1° Mise à disposition d'infrastructures techniques permettant aux acheteurs de conclure des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services ;

2° Conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation de marchés publics ;

3° Préparation et gestion des procédures de passation de marchés publics au nom de l'acheteur concerné et pour son compte.

IV. - Les acheteurs peuvent recourir à une centrale d'achat située dans un autre État membre de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. La loi alors applicable au marché public est la loi de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat.

Commentaires

Nouveautés concernant les centrales d'achats - Par rapport à l'ancien Code des marchés publics, les dispositions de l'article 26 de l'ordonnance impliquent la possibilité pour tout pouvoir adjudicateur de créer une centrale d'achat, ce qui contribuera au développement de centrales d'achats locales, au détriment probablement de l'Ugap sur une partie du

territoire national. À ce titre, la forme que peut revêtir une centrale d'achat n'est pas encadrée par l'ordonnance, permettant d'élargir la réflexion sur les montages mobilisables pour chaque situation particulière.

Le recours à une centrale d'achat appartenant à un autre État membre de l'Union européenne est désormais expressément prévu au titre de l'article 26-IV de l'ordonnance. C'est donc ensuite la loi nationale du pays dans lequel est établie la centrale d'achat qui s'applique au marché public.

Références

Textes

CMP 2006, art. 9.

Article 27

I. - Pour les besoins qui relèvent des marchés publics de défense et de sécurité, une centrale d'achat est un acheteur ou un organisme public de l'Union européenne qui :

1° Acquiert des fournitures ou des services de défense ou de sécurité destinés à des acheteurs ;

2° Passe des marchés publics de défense ou de sécurité destinés à des acheteurs.

II. - Les acheteurs qui recourent à une centrale d'achat mentionnée au I sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence, pour autant que cette centrale d'achat respecte les dispositions de la présente ordonnance ou celles de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 susvisée et que les marchés publics attribués puissent faire l'objet de recours efficaces.

Commentaires

Centrale d'achats pour les marchés de défense et de sécurité - L'article 27, qui aurait pu être un simple alinéa dans l'article 26 mentionnant que celui-ci s'appliquait aux marchés de défense et de sécurité, ouvre donc spécifiquement cette possibilité aux marchés en cause.

Références

Textes

Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Sous-section 2 : Groupements de commandes

Article 28

I. - Des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics. Un groupement de commandes peut également être constitué, aux mêmes fins, entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumis à la présente ordonnance, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente ordonnance.

II. - La convention constitutive du groupement, signée par ses membres,

définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres.

III. - Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance.

Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public ne sont pas menées dans leur intégralité au nom et pour le compte des acheteurs concernés, ceux-ci ne sont solidairement responsables que des opérations de passation ou d'exécution du marché public qui sont menées conjointement. Chaque acheteur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la convention constitutive pour les opérations dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.

IV. - Un groupement de commandes peut être constitué avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'autres États membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.

Nonobstant le III, et sous réserve des stipulations d'accords internationaux, y compris d'arrangements administratifs, entre les États membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au marché public, choisi parmi les droits des États membres dont ils relèvent.

Commentaires

Pluralité d'acheteurs publics et groupement de commandes - Que ce soit dans une logique de mutualisation des services achats ou dans le cadre d'une opération ponctuelle, afin d'obtenir des conditions plus avantageuses tant économiquement que techniquement, le groupement de commandes permet de regrouper une pluralité d'acheteurs. Déjà prévue à l'article 8 du Code des marchés publics de 2006, l'idée des groupements de commandes est reprise à l'article 28 de l'ordonnance.

Contractualisation du groupement de commandes - L'article 28 confirme le caractère contractuel du groupement de commandes. Mais le phénomène de contractualisation s'amplifie avec une rédaction de cet article 28 moins étoffée que l'ancien article 8 du Code des marchés publics, ce qui invite nécessairement à plus de précisions à l'occasion de la rédaction de la convention constitutive du groupement. À ce titre, il est nécessaire d'établir et d'approuver une convention de groupement de commandes. Celle-ci doit définir avec précision l'étendue des engagements de chaque membre et du groupement, tant pour la passation que pour l'exécution des marchés qui vont en résulter, voire également les conditions de sortie de certains membres, sous certaines conditions.

Fonctions de coordonnateur de groupement - Parfaitement identifiée déjà dans l'ancien article 8 du Code des marchés publics, la mission de coordonnateur résulte de la possibilité que l'article 28 ouvre de « confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres ». Le rôle du coordonnateur désigné dans la convention constitutive de groupement est particulièrement important, tant sur le plan organisationnel, notamment pour la gestion des procédures de mise en concurrence, que juridiquement dès lors qu'il assure également les fonctions de mandataire des membres du groupement, habilité à ce titre à signer les marchés.

Spécificité concernant les groupements de commandes transnationaux - L'article 28-IV de l'ordonnance prévoit expressément la faculté pour des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices de

constituer des groupements de commande transnationaux avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices établis dans d'autres États membres de l'Union européenne.

Références

Textes

CMP 2006, art. 8.

Sous-section 3 : Entités communes transnationales

Article 29

Lorsque des acheteurs ont adhéré à une entité commune transnationale, constituée notamment sous la forme d'un groupement européen de coopération territoriale, les statuts ou une décision de l'organe compétent de cette entité déterminent les règles applicables aux marchés publics de cette entité, lesquelles sont :

1° Soit la loi de l'État dans lequel se trouve son siège ;

2° Soit la loi de l'État dans lequel elle exerce ses activités.

Le choix de la loi applicable ne peut avoir pour but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.

Commentaires

Application de la « loi du for » - La « loi du for » (lex fori) qui, en droit privé international, permet de déterminer la juridiction nationale compétente pour trancher un litige transnational, est déterminée par l'article 29 de l'ordonnance, de sorte que, légalement, il ne soit plus discuté que les règles de passation des marchés publics en cas de groupement transnational soient celles de l'État du lieu du siège ou de l'exercice de l'activité du groupement. Il en sera ainsi sous réserve de ne pas avoir pour objet ou pour effet de contourner des règles nationales d'ordre public, ce qui, compte tenu de l'harmonisation européenne en matière de commande publique, resterait rare ; ce le sera moins pour des pays hors de l'Union.

Section 2 :

Définition préalable des besoins

Article 30

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

Commentaires

La définition préalable des besoins est une obligation mise à la charge des acheteurs publics.

Définition des besoins et offres spontanées - Le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics de 2014 indiquait que « les offres spontanées ne permettent pas à l'acheteur de contracter directe-

ment avec les entreprises qui en sont à l'origine. Si la personne publique souhaite donner suite à un tel projet, elle doit organiser la mise en concurrence de tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés par sa mise en œuvre, offrant toutes les garanties d'impartialité de sélection ». L'ordonnance ne consacre pas cette pratique, mais ne l'interdit pas non plus spécifiquement, alors même que le sourçage - qui est l'action inverse de l'offre spontanée - est par ailleurs consacré par le droit européen (et par l'article 4 du décret marchés publics). La pratique des offres spontanées pourrait donc se poursuivre, sous réserve de l'interprétation selon laquelle si seul le sourçage est autorisé, la pratique des offres spontanées serait à exclure faute d'être expressément prévue (voir article 4 du décret et ses commentaires).

Difficultés dans la mise en œuvre de l'obligation de définition du besoin - Classiquement, tous les besoins à satisfaire correspondant à l'objet du marché doivent être recensés, et ce, non seulement par rapport à l'évolution prévisible des services concernés, mais également au regard de la nature et du volume des mêmes besoins déjà identifiés par le passé, sauf en cas de besoins réellement nouveaux.

Nomenclature des besoins - Afin de disposer d'un outil fiable répondant à ces objectifs de précision du recensement des besoins et de pertinence économique et juridique de l'achat, la mise au point d'une nomenclature interne peut s'avérer nécessaire, notamment car elle permet de cartographier les achats à effectuer par l'acheteur.

Prise en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale - La définition de l'article 30 de l'ordonnance impose la prise en compte des objectifs de développement durable. Conséquence : l'acheteur public devrait systématiquement prendre en compte ces objectifs dans la définition des besoins. Le I de l'article 5 du Code de 2006 contenait déjà cette obligation. Mais, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2015, le juge administratif restait encore assez hermétique quant à l'application de ces objectifs de développement durable et la jurisprudence ne semble pas encore encline à sanctionner l'absence de prise en considération de ces aspects, même dans des marchés qui, en principe, pourraient s'avérer particulièrement adaptés (CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570).

Disparition de la définition de la réponse « exclusive » aux besoins de l'acheteur - L'évolution rédactionnelle du Code des marchés publics a conduit à avoir une lecture moins rigoriste de la définition des besoins, passant d'une conception conduisant à la description extrêmement détaillée de spécifications techniques, à une dimension plus fonctionnelle, ou par combinaison des deux. Dans le même registre, l'ordonnance continue d'ignorer la notion d'option en sens commun, ou prestation supplémentaire éventuelle (PSE).

Notion d'option dans les cahiers des charges définie comme « prestation supplémentaire » - Depuis très longtemps figurent dans les cahiers des charges des marchés publics des références à des options obligatoires ou non, que les candidats doivent en principe chiffrer, le pouvoir adjudicateur décidant de lever un certain nombre de ces options au moment de l'attribution. Ces options correspondent à ce que le langage commun considère comme des prestations supplémentaires proposées (ou demandées) sur une acquisition principale. Pour autant, cette notion d'« option » n'est pas reconnue directement par les textes de la commande publique. Dans son arrêt Ministre de la Défense (CE 15 juin 2007, Ministre de la Défense, req. n° 299391), le Conseil d'État a considéré que la notion d'« option » au sens communautaire, qui figure dans les modèles européens d'avis d'appel public à concurrence, correspond à la possibilité de conclure des avenants, des marchés complémentaires ou des marchés de reconduction. Par contre, la notion d'« option » au sens commun semble correspondre à ce que la haute assemblée considère comme des « presta-

tions supplémentaires », imposées ou non par le pouvoir adjudicateur dans les documents de consultation.

Définition des besoins et offres variables - Se reporter aux Commentaires de l'article 32 de l'ordonnance.

Références

Textes

D., titre II chap. Ier, art. 4 à 11.

Article 31

I. - Les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques.

II. - Lorsqu'ils achètent un véhicule à moteur au sens du 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route, les acheteurs tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Commentaires

Gestion des risques de distorsion de la concurrence - La présence de spécifications techniques dans une consultation ne doit pas correspondre à des exigences non justifiées par les besoins à satisfaire susceptibles de n'être respectées que par une seule entreprise (cf. notamment, CAA Versailles, 6 mai 2014, M. C... B., req. n° 11VE01594 ; CAA Versailles, 18 juillet 2013, Société ACS Productions, req. n° 11VE1594). D'autre part, le juge peut apprécier si le délai de remise des offres est adapté au regard de l'importance des spécifications techniques du dossier (CAA Paris, 18 décembre 2012, SARL GETS, req. n° 11PA01006).

En outre, la rédaction d'un cahier des charges contenant des performances et des exigences fonctionnelles implique une plus grande rigueur encore pour analyser et appliquer les critères d'attribution à la diversité des offres générées par ce type de parti dans la définition des besoins.

L'achat de véhicules à moteur - Les articles 31 de l'ordonnance et 96 du décret, reprenant les dispositions de l'article 75-1 du Code des marchés publics introduit en 2011, imposent la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules uniquement pour les procédures formalisées. Dans un souci de développement durable, cette obligation aurait pu être étendue à tous les achats de véhicules à moteur quel que soit leur montant, au regard du nombre de véhicules achetés en procédure adaptée...

Références

D., art. 6 à 8 ; art. 96.

Arrêté du 5 mai 2011 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique - NOR : DEVD1110810A - JO du 6 mai 2011.

Section 3 : Allotissement

Article 32

I. - Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. À cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots.

Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

II. - Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer un marché public, il motive son choix selon des modalités fixées par voie réglementaire.

Commentaires

Caractère obligatoire de l'allotissement - La règle est de recourir à l'allotissement dans le cadre des procédures de marchés publics, quelle que soit leur nature. Il convient de souligner également que l'article 32 de l'ordonnance supprime la dérogation à l'obligation d'allotir dont bénéficiaient les pouvoirs adjudicateurs qui étaient soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ; de sorte que l'obligation d'allotissement se trouve désormais étendue à l'ensemble des marchés publics et pour tous les acheteurs.

Exception motivée au principe d'allotissement - Le recours au marché unique est toujours possible par exception, mais il doit être motivé par des raisons objectives. Il s'agit donc d'un régime dérogatoire, qui sera apprécié tant par le juge que, le cas échéant, par les services du contrôle de légalité (ce principe traduisant clairement une volonté politique).

Il convient de noter, qu'en théorie, la possibilité de recourir à un marché unique reste importante, l'administration devant néanmoins rester dans la ligne du droit européen, qui n'impose pas de recourir à l'allotissement ni ne prévoit de mesures incitatives.

L'élargissement des possibilités d'utilisation des marchés globaux consacré par l'ordonnance dans ses articles 33, 34 et 35 constitue une importante dérogation (très critiquée par certains secteurs d'activité) à l'obligation d'allotissement.

Nature des motifs de dérogation - Il est possible de déroger à la règle de l'allotissement dans les cas suivants : lorsque le recours à l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ; lorsque le recours à l'allotissement est de nature à rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse la réalisation du marché ; lorsque le maître d'ouvrage ne peut assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Modalités d'attribution des lots - Classiquement, les principes de libre accès à la commande publique et l'obligation d'allotir interdisent au pouvoir adjudicateur d'imposer aux candidats de répondre à tous les lots (CE 1^{er} juin 2011, Société KONE, req. n° 346405).

Allotissement et offres variables - L'alinéa 4 de l'article 32-I réintroduit l'offre variable en fonction du nombre de lots susceptibles d'être attribués. Ce dispositif existait déjà avant la réforme du Code des marchés publics de 2001. Il avait été abandonné au motif qu'il défavorisait l'accès des PME aux marchés publics. L'analyse des offres doit se faire lot par lot lorsque les variantes d'attribution en fonction du nombre de lots ne seront pas autorisées (cf. CE 1^{er} juillet 2015, SNEGSO, req. n° 381095). Désormais, lorsque plusieurs lots sont susceptibles d'être attribués au même candidat, ce dernier est à nouveau autorisé à présenter des offres variables. Ceci étant, les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même soumissionnaire (cf. CE 20 février 2013, Société Laboratoire Biomnis, req. n° 363656).

Références

D., art. 12 ; art. 105 ; art. 106.

Fiche DAJ « Allotissement et contrats globaux », 31 mars 2016 (voir l'annexe : exemple d'analyse des offres variables).

Section 4 : Marchés publics globaux

Sous-section 1 : Marchés publics de conception-réalisation

Article 33

I. - Les acheteurs peuvent conclure des marchés publics de conception-réalisation qui sont des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Toutefois, sans préjudice des dispositions législatives spéciales, les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée ne peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

II. - Les conditions mentionnées au second alinéa de I ne sont pas applicables aux marchés publics de conception-réalisation conclus, jusqu'au 31 décembre 2018, par les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux, soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, et qui sont relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1^{er} de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation.

Commentaires

Définition de la procédure de conception-réalisation - La procédure de conception-réalisation autorise la passation d'un marché unique portant à la fois sur la conception et également sur la réalisation d'un ouvrage soumis à la loi MOP, par dérogation au principe de dissociation de la fonction de maîtrise d'œuvre de la fonction travaux.

Justification de la procédure de conception-réalisation - L'utilisation de cette procédure est possible dans les seuls cas expressément précisés par l'article 33 et interprétés strictement, à peine d'irrégularité de la procédure. Le dernier alinéa de l'article 33 ajoute une dérogation sectorielle temporaire jusqu'au 31 décembre 2018 pour les opérations de construction de logement social.

Références

D., art. 91.

Sous-section 2 : Marchés publics globaux de performance

Article 34

Nonobstant les dispositions de l'article 33, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables.

Commentaires

Ouverture des motifs d'utilisation des contrats globaux - L'article 34 de l'ordonnance opère une généralisation des contrats de réalisation, exploitation et maintenance (REM) et de ceux incluant en plus la conception (CREM). Le texte utilise un adjectif pas très heureux, « nonobstant », mais qui permet de déduire l'exclusion des dispositions concernant les marchés de conception-réalisation, puisque l'objectif est justement de dépasser ce double objet.

Au-delà du texte même de l'article 34, ce qu'il faut retenir est qu'il rend possible la combinaison de la loi MOP avec les CREM. Ce qui ouvre le champ des possibilités d'utilisation des CREM et REM.

Ces contrats globaux (avec ou sans la partie conception) se heurtent à l'obligation d'allotissement posée par l'article 32 de l'ordonnance, à laquelle ils dérogent par la justification d'objectifs chiffrés de performance. S'agissant d'une dérogation, on aurait pu s'attendre à une interprétation stricte ; mais cela ne pourra être le cas compte tenu de l'adjectif « notamment » précédant les justifications prévues : niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces contrats globaux semblent bien ouvrir une grande brèche dans l'obligation d'allotissement. Les contrats de performance énergétique sont évidemment parmi les premiers concernés, mais également les contrats dits de « facility management ».

Contrats globaux et coût global - Les contraintes financières conduisent à s'orienter vers la définition d'un coût global à l'usager, TDC (toutes dépenses comprises) non seulement pour l'investissement, mais aussi pour le fonctionnement, y compris les consommables.

Références

D., art. 92.

Sous-section 3 : Marchés publics globaux sectoriels

Article 35

Sans préjudice des dispositions législatives spéciales et nonobstant les dispositions des articles 33 et 34, les acheteurs peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur :

1° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ;

2° La conception, la construction et l'aménagement des infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ;

3° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;

4° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;

5° La conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires. Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance des établissements pénitentiaires, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance ;

6° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente. Cette mission ne peut conduire à confier l'enregistrement et la surveillance des personnes retenues ou maintenues à d'autres personnes que des agents de l'État ;

7° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes visés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique ;

8° La revitalisation artisanale et commerciale au sens de l'article 19 de la loi du 18 juin 2014 susvisée.

Commentaires

Harmonisation des dérogations au principe de l'allotissement - Plusieurs dispositions législatives sectorielles ont été adoptées pour satisfaire à des besoins spécifiques légitimant le recours à des marchés publics globaux et dérogeant à l'obligation d'allotir, et surtout, sans devoir justifier de conditions particulières pour y recourir. Cependant, face au manque de clarté et de cohérence de tels dispositifs, l'ordonnance a procédé à une certaine harmonisation de ces dérogations en les regroupant au sein d'une même sous-section.

Références

D., art. 92.

Section 5 : Marchés publics réservés

Sous-section 1 : Réservation de marchés publics aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés

Article 36

I. - Des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 du Code du travail, à des établissements et services d'aide par le tra-

vail mentionnés à l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

II. - Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du Code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés.

III. - Un acheteur ne peut réserver un marché public ou un lot d'un marché public à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions du I et à ceux qui répondent aux conditions du II.

Commentaires

Affirmation d'un droit de réservation - L'article 36 instaure le droit de réserver à certaines catégories de candidats l'attribution de la totalité ou de certains lots d'un marché. Il consacre la notion de commande publique sociale permettant notamment de confier des prestations à des organismes employant, dans les conditions définies par le Code du travail, des personnes handicapées. La « proportion minimale » de travailleurs handicapés ou de travailleurs défavorisés que doivent comporter les structures visées pour bénéficier du droit de réservation a été fixée à 50 % par l'article 13 du décret.

Nouveauté concernant les structures de l'IAE (insertion par l'activité économique) - L'article 36-II ouvre la possibilité pour les acheteurs de réserver des marchés publics à des opérateurs relevant de l'IAE (art. L. 5132-4 du Code du travail). Cette nouvelle faculté ne pourra cependant être utilisée que si elle n'implique pas la réservation de ce même marché à des opérateurs relevant également de l'article 36-I. Cet élargissement des marchés réservés ne concerne cependant pas les marchés publics de défense ou de sécurité.

Droit de réservation et définition des besoins - Bien que l'ordonnance ne le relève pas, il est nécessaire de procéder à un recensement des fournitures, prestations ou travaux pouvant être réservés à ces organismes. En pratique, comme cela est également le cas pour les entreprises privées, il s'agit bien de réserver, par principe et en amont, un certain nombre de commandes à ces organismes, limitant ainsi la concurrence à eux seuls, lorsqu'il en existe plusieurs susceptibles de pouvoir non seulement répondre à la consultation, mais également d'exécuter le marché dans les conditions souhaitées par l'acheteur.

Références

D., art. 13 et 14.

Sous-section 2 : Réservation de marchés publics aux entreprises de l'économie sociale et solidaire

Article 37

I. - Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, qui portent exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est publiée au Journal officiel de

la République française, peuvent être réservés par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 susvisée et à des structures équivalentes, lorsqu'elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste.

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux entreprises titulaires, au cours des trois années précédant l'attribution de ces marchés, d'un marché public, attribué par ce pouvoir adjudicateur, relatif aux services mentionnés au premier alinéa.

II. - La durée du marché public réservé en application du I ne peut être supérieure à trois ans.

Commentaires

Élargissement du champ des marchés réservés - Dans le droit fil de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS), la possibilité pour les acheteurs de réserver des marchés publics a été étendue aux entreprises de l'économie sociale et solidaire en vue de favoriser l'insertion sociale. Toutefois, cet élargissement ne porte que sur des marchés publics relatifs à des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est publiée au JO (cf avis ci-dessous). Et il ne concerne pas l'attribution des marchés publics de défense ou de sécurité.

Références

D., art. 14.

Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques - NOR : EINM1608208V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Section 6 : Contenu des marchés publics

Article 38

I. - Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public.

Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services.

Pour l'application du présent I, le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation.

II. - Les acheteurs peuvent imposer, notamment dans les marchés publics de défense ou de sécurité, que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché public, pour maintenir ou pour moderniser les

produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

Commentaires

Prise en compte des trois piliers du développement durable - L'article 38 permet d'introduire les trois piliers du développement durable (critères écologique, social et économique), non pas au seul stade de la définition des besoins (**voir Commentaires sous l'article 30 de l'ordonnance**) mais également au stade de l'exécution du marché.

Conditions d'exécution à préférer aux critères d'attribution - Comme évoqué dans les Commentaires de l'article 30, la jurisprudence nationale reste assez peu favorable à l'application de critères d'attribution sociaux ou environnementaux (CAA Douai, 29 novembre 2011, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 10DA01501) et ne considère toujours pas comme obligatoire « la prise en compte » de considérations environnementales et sociales dans la définition des besoins (CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570). Dans ces circonstances, il paraît juridiquement toujours plus sûr de préciser dans le cahier des charges des marchés les obligations contractuelles dans ce domaine et les niveaux de sanction en cas de non-respect de celles-ci.

Références

CMP 2006, art.14
D., art. 62, .

Article 39

La durée d'exécution ainsi que le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définies par le marché public, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Commentaires

Définition de la durée des marchés publics et des natures de prix - Le décret d'application de l'ordonnance précise, en son chapitre IV, quelques règles fondamentales relatives au contenu d'un marché public : son caractère écrit du moins à partir d'un certain seuil (art. 15) ; la fixation d'une durée (art. 16) ; la mention d'un prix unitaire ou forfaitaire (art. 17), en principe définitif ferme ou révisable (art. 18) mais pouvant dans certains cas être provisoire (art. 19).

Références

D., art. 15 à 19.

Chapitre II : Procédure de passation

Section 1 : Évaluation préalable du mode de réalisation du projet

Article 40

Lorsqu'un marché public, autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, porte sur des investissements dont le montant hors taxe est égal

ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire, l'acheteur réalise, avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet.

Commentaires

Évaluation préalable obligatoire - L'article 40 prévoit, pour l'ensemble des marchés publics, l'obligation de procéder à une évaluation préalable lorsque le seuil fixé par voie réglementaire (100 M € HT, art. 24 du décret) est atteint. Cette obligation d'évaluation (appelée alors évaluation socio-économique du projet) existe déjà pour les projets d'investissements civils financés par l'État, ses établissements publics, les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire.

Cela procède de la rationalisation de la gestion des fonds publics. Il est par contre à craindre que le seuil retenu soit trop élevé, et au demeurant inadapte puisque fixé en valeur et non en proportion des ressources réelles de l'acheteur. Certaines collectivités publiques notamment sont en grave difficulté financière suite à des choix d'investissement de montants relativement modérés, mais financièrement intenable au regard de la réalité de leur budget et de l'effet de l'augmentation des charges ou de la réduction des dotations de l'État.

Références

D., art. 24.

Section 2 : Règles de publicité et de mise en concurrence

Sous-section 1 : Publicité préalable

Article 41

Afin de susciter la plus large concurrence, les acheteurs procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du marché public, la valeur estimée hors taxe du besoin ou l'acheteur concerné.

Commentaires

Principe de publicité préalable - Afin de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, la publicité à laquelle peuvent ou doivent procéder les acheteurs constitue, tant sur le plan national qu'euro-péen, le vecteur d'une concurrence effective et d'une transparence assurée.

Références

D., art. 31 à 37.

Sous-section 2 : Procédures de mise en concurrence

Article 42

Le marché public est passé, dans les conditions et selon les modalités fixées par voie réglementaire :

1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, selon l'une des procédures formalisées suivantes :

a) La procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;

b) La procédure concurrentielle avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

c) La procédure négociée avec mise en concurrence préalable, par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

d) La procédure de dialogue compétitif dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ;

2° Selon une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes mentionnés à l'article 1^{er}, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils mentionnés au 1^o du présent article ou en fonction de l'objet de ce marché ;

3° Selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Commentaires

Définition de l'appel d'offres - L'appel d'offres se caractérise fondamentalement par l'absence de toute négociation. Il peut être considéré comme la procédure de droit commun de la commande publique, dès lors que le recours aux autres procédures reste conditionné par la réunion de critères précisés par voie réglementaire. Toutefois, à la lecture du décret, ces critères sont assez souples et permettent assez largement de déroger au principe de l'appel d'offres.

Nouvelle procédure concurrentielle avec négociation et procédure négociée avec mise en concurrence préalable - L'article 42 transpose la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation (PCN) créée par les directives « Marchés publics » de 2014 et applicable aux pouvoirs adjudicateurs. Sa définition est exactement, au mot près, identique à celle de la procédure négociée avec mise en concurrence applicable, elle, aux entités adjudicatrices. L'article définit ensuite la procédure négociée « sans publicité ni mise en concurrence ».

Les directives « Marchés publics » sont pourtant claires en distinguant deux procédures négociées. La procédure concurrentielle négociée qui, comme son nom l'indique, implique une mise en concurrence et qui correspond, mutatis mutandis, à l'ancienne procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Et la procédure négociée qui, dans le droit européen, correspond à la négociation directe sans mise en concurrence préalable.

L'ordonnance n'a pas clairement retranscrit ce régime juridique simple, créant ainsi une source de confusion entre les procédures concurrentielles négociées, les procédures négociées avec mise en concurrence et celles sans mise en concurrence.

Définition du dialogue compétitif - Le dialogue compétitif induit

la possibilité de confier aux candidats le soin de définir ou développer les solutions répondant aux besoins de l'acheteur. Il se caractérise par une première phase de discussion sur la définition des besoins entre le pouvoir adjudicateur et les entreprises candidates retenues, puis une seconde phase de remise d'offres.

Principe de liberté de choix pour la mise en concurrence des marchés inférieurs aux seuils européens (marchés à procédure adaptée, ou Mapa) - En dessous du seuil réglementaire des procédures formalisées, l'article 42 pose le principe de la liberté dans la détermination des règles de procédure pouvant être appliquées par les acheteurs. Ces règles sont à établir à l'aune de l'objet du marché, de son montant, de ses caractéristiques, etc.

Références

D., art. 25 à 28 ; art. 30.

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique - NOR : EINM1608119V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Section 3 : Communications électroniques

Article 43

Les communications et les échanges d'informations effectués en application de la présente ordonnance sont réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les communications et les échanges d'informations peuvent être réalisés par voie électronique.

Commentaires

Généralisation de la dématérialisation - Depuis plusieurs années, les diverses modifications du Code des marchés publics tendent à promouvoir la dématérialisation, et même à en renforcer le caractère obligatoire.

Les dispositions de l'article 43 posent clairement le principe de la généralisation de l'obligation de dématérialisation, tout en renvoyant aux dispositions réglementaires pour ce qui concerne les modalités de mise en œuvre. Le texte est plus souple concernant les marchés publics de défense et de sécurité, qui « peuvent » seulement dématérialiser.

Références

D., art. 38 à 42.

Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics - NOR : ECEM0929046A - JO du 20 décembre 2009.

Section 4 : Confidentialité

Article 44

I. - Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du

marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres.

Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

II. - Les acheteurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation de marché public.

Commentaires

Précautions en matière de communication - Les enjeux financiers des procédures de commande publique suscitent de nombreuses tentatives des opérateurs économiques pour obtenir les éléments de l'offre concurrente qui a pu être finalement retenue (demande de communication de pièces à l'issue de la procédure d'attribution, mise en demeure de produire dans le cadre des procédures juridictionnelles...).

Les acheteurs doivent veiller, et particulièrement au stade où les demandes de communication sont formulées, à ne pas porter atteinte au secret des affaires (avec un risque pénal en découlant), mais également à ne pas risquer de générer des pratiques anticoncurrentielles. De nombreux avis de la Commission d'accès aux documents administratifs (Cada) délimitent les droits et obligations en matière de communication ; délimitation à relativiser dans chaque demande pour chaque procédure de passation ou de communication, en fonction des éléments factuels. A ce titre, le bordereau des prix unitaires (BPU) de l'entreprise attributaire n'est pas communicable, même après signature du marché (CE, 30 mars 2016, centre hospitalier de Perpignan, req. n°375529).

Références

D., art. 40 à 42.

Section 5 : Interdictions de soumissionner

Sous-section 1 : Interdictions de soumissionner obligatoires et générales

Article 45

Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du Code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du Code général des impôts et pour les marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du Code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la

législation d'un autre État membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics au titre du présent 1° s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation ;

2° Les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles dont la liste est fixée par voie réglementaire.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 2° n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes, à condition qu'elles respectent cet accord ;

3° Les personnes :

a) Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du Code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;

b) Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du Code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;

c) Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ;

4° Les personnes qui :

a) Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même Code ou de l'article 225-1 du Code pénal ;

b) Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché public, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail ;

c) Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du Code pénal ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent 4° s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 4° n'est pas applicable à la personne qui établit :

- soit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du Code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de

l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation de l'article L. 2242-5 du Code du travail, et, enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute;

- soit que la peine d'exclusion des marchés publics n'est pas opposable du fait de l'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du Code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du Code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale;

5° Les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du Code du travail.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 5° n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du Code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, et qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.

Commentaires

Liste des interdictions de soumissionner obligatoires -

L'article 45 de l'ordonnance dresse la liste des différents cas d'interdiction de soumissionner à un marché public, que l'empilement des réformes contribue à allonger au fil des ans. En témoigne une des dernières modifications apportées par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, applicable aux contrats « conclus à compter du 1^{er} décembre 2014 » : une nouvelle attestation de non-interdiction de soumissionner suite, non pas à une condamnation liée à l'absence de mise en œuvre de la procédure de négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, mais à la seule absence de mise en œuvre de l'obligation de négociation ou absence d'engagement de régularisation. Cette nouveauté risque de ne pas être compatible avec les dispositions de l'article 57 de la directive « Marchés publics » 2014/24 du 26 février 2014 qui dresse la liste limitative des cas d'exclusion de la commande publique.

Références

D., art. 51 ; art. 55.

Arrêté du 31 janvier 2003 pris pour l'application de l'article 46 du Code des marchés publics et de l'article 8 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal - NOR : ECOM0200993A.

Sous-section 2 : Interdictions de soumissionner obligatoires propres aux marchés publics de défense ou de sécurité

Article 46

Sont en outre exclues des marchés publics de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13 ou 413-10 à 413-12 du Code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du Code de la défense ou à l'article L. 317-8 du Code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des marchés publics s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente ;

2° Les personnes qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en cause ;

3° Les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État.

Commentaires

Liste des interdictions de soumissionner obligatoires pour les marchés de défense ou de sécurité -

En complément des interdictions de l'article 45, l'article 46 renforce le dispositif en ajoutant des interdictions spécifiques touchant aux conditions particulières d'accès aux marchés de défense et de sécurité.

Références

D., art. 51 ; art. 55.

Sous-section 3 : Dérogation justifiée par l'intérêt général

Article 47

Les acheteurs peuvent, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner prévu aux articles 45 et 46 à participer à la procédure de passation du marché public, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics.

Commentaires

Motif de dérogation aux interdictions de soumissionner -

Conformément aux dispositions des directives, à titre exceptionnel, apprécié strictement et de manière particulièrement motivée par des raisons impérieuses d'intérêt général, il peut être dérogé aux interdictions de soumissionner définies aux articles 45 et 46 de l'ordonnance.

Sous-section 4 : Interdictions de soumissionner facultatives

Article 48

I. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :

1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur ;

2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;

3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ;

4° Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.

II. - Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Commentaires

Appréciation de conditions particulières de participation - L'article 48 de l'ordonnance prévoit expressément la possibilité pour les acheteurs d'écarter l'offre d'un soumissionnaire qui n'aurait pas correctement exécuté ses obligations contractuelles découlant d'un précédent marché, pourvu que cette mauvaise exécution ait entraîné la résiliation du marché en cause ou que le cocontractant ait été contraint de verser des dommages et intérêts au pouvoir adjudicateur.

En outre, il paraît surprenant de constater, au titre des interdictions facultatives de soumissionner, que les personnes ayant commis des atteintes graves à la concurrence ou reconnues en situation de conflit d'intérêt soient susceptibles de participer à une procédure de passation d'un marché public, et par là-même de se voir attribuer le marché. Les manquements au droit de la concurrence devraient, par souci de cohérence avec les principes énoncés à l'article 1^{er} de l'ordonnance, faire l'objet d'une interdiction obligatoire de soumissionner prévue au titre de l'article 45.

Sous-section 5 : Incidences d'un changement de situation des opérateurs économiques au regard des interdictions de soumissionner

Article 49

I. - Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public, placé dans l'une des situations mentionnées aux articles 45, 46 et 48 ayant pour effet de l'exclure d'un marché public, l'acheteur peut résilier le marché public pour ce motif. L'opérateur informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

II. - La résiliation mentionnée au I ne peut être prononcée lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du Code de commerce, à condition qu'il ait informé sans délai l'acheteur de son changement de situation.

Commentaires

Incidence des changements de situation en cours de passation - En cas de modification de la situation des entreprises en cours de passation ou d'exécution du contrat, d'une part, l'information de l'acheteur est obligatoire, d'autre part, celui-ci peut décider de prononcer la résiliation (et bien que cela ne soit pas précisé, de ne pas attribuer le marché si les changements interviennent en cours de procédure de passation).

L'article 49 rappelle toutefois que la résiliation ne peut être prononcée en cas de mise en redressement judiciaire ; de la même manière, bien que l'article 49 ne le précise pas, la candidature ou l'offre d'une entreprise ne peut être rejetée pour le seul motif d'une mise en redressement. Cet article rappelle à ce titre les règles issues du régime du droit de la faillite, mais reste très incomplet. Les dispositions du marché conclu peuvent préciser les conséquences des changements dans la situation des cocontractants de l'acheteur.

Sous-section 6 : Hypothèse des groupements d'opérateurs économiques et des sous-traitants

Article 50

I. - Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

II. - Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant.

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou, en cas de groupement, par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion de la procédure.

Commentaires

Clause de rattrapage de groupement - En cas de détection d'un motif d'exclusion d'un des membres d'un groupement ou d'un sous-traitant, l'acheteur doit demander (« exige ») son remplacement par un autre opérateur dans un délai maximum de dix jours, afin d'éviter d'exclure tous les candidats du groupement ou le candidat présentant un sous-traitant.

Cette disposition est à saluer au regard du principe de libre accès à la commande publique, mais pourra être cause de ralentissement de la procédure d'admission des candidatures au regard de la nécessaire analyse, d'une part, des motifs particuliers d'exclusion, et, d'autre part, de l'analyse des opérateurs présentés en remplacement de ceux s'étant fait opposer une interdiction de soumissionner.

Faute de précision, l'article 50 doit en principe s'appliquer pour les motifs d'exclusion obligatoire, mais également pour les motifs facultatifs listés à l'article 48.

Références

D., art. 45.

Section 6 : Sélection des candidats

Article 51

I. - Les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

II. - Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les acheteurs peuvent ne pas accepter un opérateur économique qui, au regard notamment de l'implantation géographique hors du territoire de l'Union européenne de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose, ne présente pas les capacités techniques pour exécuter le marché public, pour faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public.

Commentaires

Sélection des candidatures - Possibilité est offerte à l'acheteur d'imposer des conditions particulières de participation permettant d'apprécier au mieux, au regard de l'objet de la consultation, les garanties professionnelles, techniques et financières proposées par les concurrents.

Spécificité des marchés de défense ou de sécurité - L'article 51-II de l'ordonnance prévoit expressément la possibilité pour les acheteurs d'écarter la candidature d'un opérateur économique qui ne présenterait pas de garanties techniques suffisantes pour exécuter le marché.

Références

D., art. 44.

Section 7 : Choix de l'offre

Sous-section 1 : Critères d'attribution

Article 52

I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38.

II. - Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence.

Commentaires

Principe d'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse - L'acheteur doit définir, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans le règlement de consultation, le ou les critères d'attribution

du marché en rapport avec l'objet du marché en vue de pouvoir retenir l'« offre économiquement la plus avantageuse », sans toutefois disposer d'une liberté illimitée pour le choix. Ces critères, devant être objectifs, doivent assurer une véritable concurrence. Les modalités de choix sont détaillées à l'article 62 du décret. La régularité des critères est évidemment soumise au contrôle du juge en cas de contentieux.

Références

D., art. 62.

Sous-section 2 : Offres anormalement basses

Article 53

Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Commentaires

Sort des offres anormalement basses - L'article 53 reprend le principe établi par la jurisprudence européenne et le Code des marchés publics de 2006 selon lequel, en cas de suspicion d'offre anormalement basse, l'acheteur a l'obligation de mettre le soumissionnaire en état de se justifier et d'apporter des précisions. Ce n'est qu'une fois ce contradictoire respecté que l'acheteur pourra évaluer si l'offre est anormalement basse. L'ordonnance renvoie au décret (art. 60) pour fixer les conditions du rejet. De plus, l'article 62 de l'ordonnance introduit la mise en place de la procédure contradictoire dès la détection d'une OAB pour des prestations d'un sous-traitant présentées après la notification du marché, y compris en

cours d'exécution. Cela limite les risques d'une sous-traitance ne présentant pas les garanties suffisantes de bonne exécution, grâce à la possibilité de refus non équivoque de la part de l'acheteur.

Références

D., art. 60 ; art. 134.

Avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics - NOR : EINM1608173V (reproduit en annexe du cahier).

Sous-section 3 : Offres contenant des produits originaires des États tiers pour les marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices

Article 54

Lorsqu'une offre présentée dans le cadre de la passation d'un marché public de fournitures passé par une entité adjudicatrice contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers, cette offre est appréciée dans des conditions fixées par voie réglementaire. Elle peut être rejetée lorsque les produits originaires des pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre.

Commentaires

Droit de préférence - L'article 54 a pour vocation de fonder légalement un droit de préférence pour les entreprises européennes. Mais son champ d'application est strictement limité aux marchés des entités adjudicatrices.

Références

D., art. 61.

Section 8 : Information des candidats et soumissionnaires évincés

Article 55

Le choix des acheteurs à l'issue de la procédure de passation est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue.

Commentaires

Information des candidats - L'article 55 de l'ordonnance, qui aurait

pu intégrer les dispositions de l'article 56 sur la publication du choix de l'offre, consacre le droit pour toutes les entreprises qui participent à une procédure de consultation de marchés publics, à obtenir un certain nombre d'informations relatives à l'attributaire et au choix fait par l'acheteur. Le décret (art. 99 et 100) décline les modalités d'application de ce principe selon que le marché est passé en procédure formalisée ou en procédure adaptée.

Références

D., art. 99 et 100.

Section 9 : Transparence

Article 56

Dans des conditions fixées par voie réglementaire, les acheteurs rendent public le choix de l'offre retenue et rendent accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché public sous réserve des dispositions de l'article 44.

Commentaires

Open data - Comme pour l'article 55, au titre du principe de transparence, l'article 56 donne une base légale à l'obligation de publication, selon des modalités précisées par le décret d'application, des données essentielles des marchés attribués. Cette publication doit être faite sous un « format ouvert et librement réutilisable », sous réserve, bien entendu, du respect de l'obligation de confidentialité des informations pouvant porter atteinte au secret industriel et commercial. L'article 107 du décret a cependant reporté l'obligation d'offrir l'accès aux données essentielles des marchés sur le profil d'acheteur au 1^{er} octobre 2018.

Références

D., art. 105 à 108.

Section 10 : Conservation des documents

Article 57

Les acheteurs conservent les documents relatifs à la passation et à l'exécution des marchés publics dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Commentaires

Archivage - L'article 57 pose le principe de l'obligation d'archivage.

Références

D., art. 105 à 108.

Section 11 : Résiliation en raison d'un manquement constaté par la Cour de justice de l'Union européenne

Article 58

Lorsque le marché public n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il peut être résilié par l'acheteur.

Commentaires

Résiliation suite à une décision de la CJUE - L'ordonnance donne la possibilité de résilier un contrat en raison d'un manquement grave au droit de l'Union reconnu par la Cour de Luxembourg. D'un périmètre finalement limité, sa portée est probablement nulle, compte tenu du délai nécessaire à ce que le manquement soit constaté, contesté, reconnu et finalement traduit dans les faits par une simple « possibilité » de résiliation d'un contrat qui aura eu le temps d'avoir été totalement exécuté.

Titre III : Exécution des marchés publics

Chapitre I^{er} : Régime financier

Section 1 : Règlements, avances et acomptes

Article 59

I. - Les marchés publics passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde, dans les conditions prévues par voie réglementaire. Le présent I n'est pas applicable à la Caisse des dépôts et consignations.
II. - Les marchés publics passés par les autres acheteurs peuvent donner lieu à des avances.
III. - Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché public ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

Commentaires

Définition des modalités générales du règlement du prix - Le prix du marché se règle par avance, acompte et paiement du

solde. Pour les acheteurs publics, l'article 59 de l'ordonnance précise que les avances, acomptes, règlements partiels et soldes sont encadrés par voie réglementaire, du moins pour certaines personnes morales de droit public. Notion d'avance - L'avance consiste à payer une partie des sommes prévues au marché avant tout commencement d'exécution.

Consécration du principe de paiement d'acomptes - Applicable à tous les acheteurs, le paragraphe III de l'article 59 impose le paiement d'acomptes en cas de commencement d'exécution (selon un rythme précisé par le décret). Cela a pour conséquence de rendre illégales les clauses opposant la règle du service fait à celle du droit aux acomptes.

Notion de règlement partiel définitif - Si le marché stipule des modalités de règlement partiel définitif, le règlement intervenu dans ces conditions ne saurait être remis en cause même à l'occasion du paiement du solde. Le régime des paiements partiels définitifs est prévu aux CCAG.

Paiement après service fait - Pour les acheteurs relevant des règles de la comptabilité publique, le paiement doit en principe intervenir après constat du service fait. Mais ce principe se heurte au régime des avances et bien entendu, comme évoqué, au droit au paiement d'acomptes pour les prestations ayant donné lieu à un commencement d'exécution.

Références

D., art. 110 à 121.

Article 60

I. - L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite dans les marchés publics passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction. Le présent I n'est pas applicable à la Caisse des dépôts et consignations.

II. - Pour 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 public de défense ou de sécurité d'une clause prévoyant un paiement différé.

Commentaires

Portée de l'interdiction des paiements différés - Ne s'appliquant qu'à certains acheteurs, et pas aux acheteurs privés, le principe peut être considéré comme d'ordre public, au regard notamment des grands principes de la comptabilité publique (annualité des autorisations budgétaires, impossibilité d'anticiper sur les futures autorisations...). L'existence des contrats globaux ne réintroduit en aucun cas la possibilité de paiement différé des investissements, puisque, reprenant en ce sens les dispositions de l'ancien article 73 du CMP 2006, l'article 60 de l'ordonnance énonce qu'« en cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction ».

Section 2 : Garanties

Article 61

Les marchés publics peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution per-

sonnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Commentaires

Par application de cet article, le mécanisme de la retenue de garantie créé par l'article 1^{er} de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 tendant à réglementer les retenues de garanties en matière de marchés de travaux est toujours en vigueur. Toutefois, l'article renvoie au décret, ce qui pose des problèmes de hiérarchie des normes. L'entrepreneur peut échapper à la retenue de garantie s'il fournit, pour un montant égal au marché, une garantie à première demande dans les conditions également définies par voie réglementaires.

Références

D., art. 122 à 126.

Arrêté du 3 janvier 2005 pris en application de l'article 102 du Code des marchés publics et fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire - NOR : ECOM0420017A.

Chapitre II : Dispositions relatives à la sous-traitance et aux sous-contrats

Section 1 : Dispositions relatives à la sous-traitance

Article 62

I. - Le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution de ce marché public dans les conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975 susvisée.

Pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire.

II. - Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que l'opérateur économique lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la demande de sous-traitance est présentée après le dépôt de l'offre, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Commentaires

Cet article 62 réaffirme le droit de sous-traiter dans les marchés publics. Par renvoi à la loi de 1975, le régime de la sous-traitance n'est pas fondamentalement bouleversé par rapport à ce qu'il était dans le cadre du Code des marchés publics de 2006. La nouveauté vient de ce que l'article 62 supprime l'interdiction de la sous-traitance totale. En effet, en renvoyant sans limita-

tion à la loi de 1975, l'ordonnance laisse supposer que le titulaire du marché peut sous-traiter l'exécution de ce marché dans les conditions fixées par la loi sur la sous-traitance, qui autorise de facto la sous-traitance totale. Cependant, l'article 133 du décret vient préciser que le titulaire peut sous-traiter l'exécution « de certaines parties de son marché public », limitant ainsi les dispositions de l'ordonnance.

Autre nouveauté, l'article 62-II transpose le régime des offres anormalement basses de l'article 53 à la sous-traitance, de sorte qu'en l'absence de justifications objectives, cette offre devra nécessairement être rejetée, comme c'est déjà le cas pour le soumissionnaire (**voir Commentaires de l'article 53**).

Références

D., art. 133 ; art. 60.

Section 2 : Dispositions relatives aux sous-contrats dans les marchés publics de défense ou de sécurité

Article 63

I. - Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, le titulaire peut, sous sa responsabilité, confier à un autre opérateur économique, dénommé sous-contractant, l'exécution d'une partie d'un marché public, y compris un marché public de fournitures, sans que cela consiste en une cession du marché public.

En cas de sous-contrat, le titulaire du marché principal demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché.

Il ne peut pas être exigé du titulaire qu'il se comporte de façon discriminatoire à l'égard de ses sous-contractants potentiels, notamment en raison de leur nationalité.

II. - Au sens du présent article, un sous-contractant est un sous-traitant au sens de la loi du 31 décembre 1975 susvisée ou un opérateur économique avec lequel le titulaire conclut aux fins de la réalisation d'une partie du marché public, un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.

Un contrat est dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise, au sens de l'alinéa précédent, lorsqu'il a pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de l'acheteur.

III. - L'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire, notamment pour des motifs liés à la sécurité des approvisionnements ou des informations.

IV. - L'acheteur peut demander au candidat, au soumissionnaire ou au titulaire d'un marché public d'indiquer l'identité des sous-contractants qu'il entend solliciter ainsi que la nature et l'étendue des prestations qui leur seront confiées. Il peut exiger du soumissionnaire ou du titulaire la remise des sous-contrats.

V. - L'acheteur peut ne pas accepter un opérateur économique proposé par le candidat, le soumissionnaire ou le titulaire comme sous-contractant, pour l'un des motifs prévus aux articles 45, 46, 48 et 50 ou au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché public principal, notamment en termes de

capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements.

VI. - L'acheteur peut :

1° Imposer au titulaire de mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de les choisir comme sous-contractants ;

2° Imposer au titulaire de sous-contracter une partie des marchés publics de défense ou de sécurité.

Pour l'application du présent VI, les opérateurs économiques liés au titulaire ne sont pas considérés comme des sous-contractants.

Commentaires

Sous-contrats des marchés de défense ou de sécurité -

Cet article est limité aux sous-contractants des marchés de défense ou de sécurité. Cette notion est apparue avec le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 qui a introduit dans l'ancien Code des marchés publics (art. 275) la création du concept de sous-contractant d'un marché public pour des contrats qui n'ont pas les caractéristiques du contrat d'entreprise. À savoir, comme le précise l'alinéa 2 de l'article 275, lorsqu'il a pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur. Reprenant la consécration du sous-contractant, l'ordonnance précise que les sous-contrats ne sont pas qualifiables, au moins au sens de la commande publique, de cessions de contrats. L'article 63 rappelle le principe du libre choix de ses sous-contractants.

Contrairement aux anciennes dispositions expresses de l'article 275 du CMP 2006, l'ordonnance ne comporte plus l'affirmation d'un principe de transparence des titulaires vis-à-vis de leurs sous-contractants, principe dont l'application dans le domaine de la défense est renforcée grâce au « Pacte Défense PME » (voir instruction ministérielle du 21 mars 2013). Pour autant, il est bien précisé en fin d'article 63 que l'acheteur peut imposer de sous-contracter une partie, mais également de mettre en concurrence les opérateurs avant de sous-contracter.

Les conditions de mise en œuvre de l'éventuelle obligation de sous-contracter et de mettre en concurrence les opérateurs en cause ne sont pas précisées par l'ordonnance.

Références

Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, relatif aux marchés de défense ou de sécurité.

Chapitre III : Contrôle des coûts de revient

Article 64

I. - Dans les cas prévus au III, les titulaires de marchés publics conclus par l'État ou ses établissements publics fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché public.

II. - Les titulaires ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude de ces renseignements par les agents de l'administration.

Ils peuvent être assujettis à présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique et tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

III. - Les obligations prévues ci-dessus sont applicables aux marchés publics pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.

Commentaires

Le contrôle du prix de revient de certains marchés de l'État ou de ses établissements publics -

L'ancien article 125 du Code des marchés publics était probablement trop bref et imprécis. Mais c'est loin d'être le cas pour ce nouvel article dont on sent bien qu'il cherche à pallier des lacunes dans les contrôles des prix de revient des marchés publics, à la fois nombreuses, anciennes et récurrentes.

Ces nouvelles modalités de contrôle sont précisées par le décret d'application.

Références

D., art. 138.

Chapitre IV : Modification du marché public

Article 65

Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public.

Lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur.

Commentaires

Conditions de modification des marchés publics - Concernant les conditions de modification des marchés publics, l'ordonnance bénéficie d'un article... qui ne prévoit rien. Sauf qu'en cas de modification contraire à la présente ordonnance, le marché « peut » (et même pas « doit ») être résilié. Toutes les précisions figurent dans le décret qui change profondément les dispositions antérieures relatives aux avenants, décisions de poursuivre et marchés complémentaires.

Références

D., art. 139 à 140.

DEUXIÈME PARTIE : DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

Article 66

Les marchés de partenariat sont soumis aux dispositions de la première partie de la présente ordonnance, à l'exception des articles 32, 59, 60 et 62, ainsi qu'aux dispositions suivantes.

Commentaires

Spécificité des marchés de partenariat - Le régime des marchés de partenariat, en tant qu'ils constituent des contrats complexes, est soumis à des dispositions spécifiques issues de la deuxième partie de l'ordonnance. Néanmoins, les dispositions de la première partie, et notamment celles relatives aux marchés globaux, s'appliquent également à ces contrats, à l'exception des articles relatifs à l'allotissement (art. 32), aux avances et aux acomptes (art. 59), à l'interdiction du paiement différé (art. 60) et à la sous-traitance (art. 62).

Effets induits - Plusieurs conséquences sont à tirer de l'intégration des contrats de partenariat dans un nouveau régime de « marchés de partenariat ». Les contrats de partenariat n'étaient pas formellement visés comme des marchés publics au sens de l'article 432-14 du Code pénal : désormais, le « délit de favoritisme » devrait être opposable à ces marchés de partenariat (**voir Commentaires de l'article 4 de l'ordonnance**).

L'exception « in house » de mise en concurrence s'appliquait à tous les contrats (marchés, concessions d'aménagement, concession de travaux, délégations de service public), sauf les contrats de partenariat : désormais, il n'est juridiquement plus inconcevable de penser qu'une SEM ou une SPL, répondant aux exigences de contrôle analogue de l'article 17, puisse s'ouvrir à ce type de montage.

Le régime de droit commun des groupements de commande (art. 28) peut également s'appliquer aux marchés de partenariat que plusieurs acheteurs pourraient décider de vouloir porter communément, même si des dispositions spécifiques, à combiner donc, existent déjà (art. 73).

Références

D., art. 143 à 166 (dispositions spécifiques aux marchés de partenariat).

Titre I^{er} : Définitions et champ d'application

Article 67

I. - Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels néces-

saires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;
2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat.

Commentaires

Objet d'un marché de partenariat - La différence fondamentale entre le marché de partenariat et les marchés globaux classiques est liée à l'exception apportée à l'interdiction de paiement différée, à savoir un objet permettant au titulaire d'assurer tout ou partie du financement.

Au-delà, les missions complémentaires du paragraphe II permettent également de s'inscrire parfaitement dans les objets des contrats globaux (REM ou CREM de l'article 34), mais également de les dépasser avec des missions de gestion d'une mission de service public (ou prestations de service y concourant), et enfin la mission de mandat des recettes des utilisateurs (issu de l'article 1er, II, de l'ordonnance n° 2004-559 / article L. 1414-1 - II du CGCT). Au point de se trouver sur la ligne de crête au-delà de laquelle la définition de la concession (délégation de service public) risque de s'imposer.

Article 68

Après décision de l'acheteur, le titulaire du contrat de partenariat peut être chargé d'acquiescer les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation.

Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par l'acheteur pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

Commentaires

Transfert de propriété - Le titulaire du marché de partenariat (une coquille dans l'article 68 laissant subsister le terme de contrat de partenariat) peut se voir imposer l'acquisition, y compris par voie d'expropriation, des biens nécessaires à l'exécution du contrat. Les dispositions contractuelles et notamment financières du contrat devront en préciser les conditions de mise en œuvre.

Article 69

Lorsque l'acheteur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception de l'ouvrage, il peut lui-même, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume.

Commentaires

Dérogation à la loi MOP - Comme le permettait le régime précédent des contrats de partenariat, l'acheteur peut décider d'organiser le choix de son architecte, notamment par le biais d'un concours, avant d'engager la procédure de marché de partenariat.

Il s'agit bien d'une dérogation au principe de la mission de base obligatoire au titre de la loi MOP à laquelle l'article 69 déroge.

Article 70

Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire.

Commentaires

Matrice des risques - Une des caractéristiques majeures du régime du contrat de partenariat (aujourd'hui marché de partenariat) est d'avoir imposé non seulement la démarche d'analyse des risques, mais surtout de la contractualiser avec une matrice des risques établie lors de la procédure de mise en concurrence.

Elle permet ainsi de clarifier les différents natures et parfois degrés de responsabilités, pour toute la durée du contrat.

Article 71

Les marchés de partenariat peuvent être conclus par tout acheteur, à l'exception des organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie par l'arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi du 28 décembre 2010 susvisée, ainsi que des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Commentaires

Limitation applicable à certains organismes - L'article 12 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014 interdit, pour les organismes listés et « nonobstant toute disposition contraire des textes qui leur sont applicables », de « contracter auprès d'un établissement de crédit un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois, ni émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée ». Ces organismes (dits « organismes divers de l'administration centrale » ou Odac, listés en annexe de l'arrêté du 28 septembre 2011 - NOR : BCRB1122027A) ne peuvent conclure eux-mêmes des marchés de partenariat ; mais l'État peut le faire pour leur compte (art. 72 de l'ordonnance).

Article 72

I. - Un marché de partenariat peut être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit

public ou privé pour l'exercice de ses missions. Dans ce cas, une convention est signée entre l'acheteur qui conclut le marché de partenariat et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu.
II. - L'État peut conclure, pour le compte de l'un des acheteurs non autorisés au sens de l'article 71, un marché de partenariat, sous réserve que :
1° Le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet ;
2° L'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la situation financière de la personne publique.

Commentaires

Mandat de partenariat - L'article 72 permet de mettre en place un mécanisme de mandat pour conclure un marché de partenariat, au même titre qu'un mandat « loi MOP », sur la base d'une convention.

Article 73

Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs acheteurs, ces derniers peuvent désigner par convention celui d'entre eux qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, et, éventuellement, signera le contrat et en suivra l'exécution. Le cas échéant, cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme.

Commentaires

Modalités de constitution d'un groupement de commandes de partenariat - Comme indiqué dans le commentaire de l'article 66, un des effets induits de l'intégration des « marchés de partenariat » dans l'ordonnance de 2015, est de permettre l'application de dispositions transversales, comme celles relatives au groupement de commandes de l'article 28. L'article 73 précise dès lors le régime de ce groupement de commandes de marché de partenariat, y compris en mentionnant la possibilité de « transfert de compétence », ce que ne prévoit pas le groupement de commandes mais bien l'article 2-II de la loi MOP, modifiée par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004.

Titre II : Dispositions particulières relatives à la passation des marchés de partenariat

Chapitre I^{er} : Conditions de lancement de la procédure

Section 1 : Évaluation et étude préalables

Article 74

La décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation de l'évaluation du mode de réalisation du projet prévue à l'article 40. L'acheteur réalise également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.

Commentaires

Établissement d'une évaluation préalable - Les acheteurs ont l'obligation de produire une évaluation préalable du mode de réalisation du projet ainsi qu'une étude de soutenabilité budgétaire avant le lancement de la procédure de passation d'un marché de partenariat, de sorte que soit maîtrisé le coût - parfois exorbitant - de l'exécution d'un tel marché. Conformément à l'article 76 de l'ordonnance, l'évaluation préalable devra faire l'objet d'une transmission pour avis à un organisme expert (Fin Infra, ex- Mapp). En revanche, l'étude de soutenabilité devra être soumise pour avis au service de l'État compétent.

Références

D., art. 24 et 145 à 150.

Section 2 : Conditions de recours

Article 75

I. - La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet.

Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'État.

II. - Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru.

Commentaires

La notion de « bilan plus favorable » - Tandis que le recours aux contrats de partenariat était jusqu'alors subordonné à la condition que la réalisation du projet présente un certain degré de complexité, ou un caractère urgent, ou présente un bilan plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique, l'ordonnance ne conserve que cette condition de « bilan plus favorable » pour ouvrir la possibilité de recourir aux marchés de partenariat.

Seuil réglementaire - Le recours aux marchés de partenariat demeure subordonné au dépassement de seuils fixés par voie réglementaire (seuils établis par l'article 151 du décret à 2 ; 5 ; et 10 millions d'euros HT selon les cas).

Références

D., art. 24, 151 et 152.

Section 3 : Avis et autorisation préalables

Article 76

L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire.

L'étude de soutenabilité budgétaire est soumise pour avis au service de l'État compétent.

Commentaires

Consultation des organismes concernés - L'indication selon laquelle les avis doivent être transmis pour avis aurait mérité d'être intégrée dans l'article 75. Malgré l'absence de qualification des avis, ils sont évidemment consultatifs. La précision eût été utile juridiquement. L'organisme expert dédié à l'évaluation préalable est Fin Infra, ex- Mapp.

Références

D., art. 153 et 154.

Article 77

I. - Pour l'État et ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par l'acheteur est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire.

II. - Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

III. - Pour les autres acheteurs, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'organe décisionnel, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Commentaires

Suites données aux avis et décision de lancer le marché de partenariat – Au vu des avis rendus sur l'évaluation préalable et l'étude de soutenabilité, les services de l'État, mais surtout les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et leurs groupements et les organes de direction des autres acheteurs doivent expressément se prononcer sur la décision de recourir ou non à ce type de contrat.

Références

D., art. 155.

Chapitre II : Obligations relatives à l'achèvement de la procédure

Section 1 : Accord préalable à la signature

Article 78

I. - Préalablement à leur signature, les marchés de partenariat de l'État et de ses établissements publics sont soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire.
II. - L'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public local autorise la signature du marché de partenariat par l'organe exécutif.
III. - L'organe décisionnel des autres acheteurs autorise la signature du marché de partenariat.

Commentaires

Approbation du contrat et autorisation de signature – Concernant essentiellement les collectivités territoriales et leurs établissements, comme les autres acheteurs, l'article 78 exclut la possibilité pour l'exécutif ou le dirigeant d'approuver seul le contrat. Plus particulièrement, s'agissant d'un texte spécial, selon l'adage « specialia generalibus derogant », il doit s'appliquer nonobstant les règles de délégation, notamment celles découlant du Code général des collectivités territoriales (CGCT) pouvant être consenties à l'exécutif pendant toute la durée du mandat.

Références

D., art. 156 ; art. 157.

Section 2 : Transmission à l'organisme expert

Article 79

Une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'organisme expert mentionné à l'article 76. Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique.

Commentaires

Obligation de transmission – L'article 79 impose, sans autre forme particulière, la transmission du contrat et ses annexes à l'organisme expert ayant émis l'évaluation préalable, et ce à des fins de recensement et d'analyse économique.

Titre III : Financement du projet et rémunération du titulaire

Chapitre I^{er} : Financement des investissements

Article 80

I. - Une personne publique peut concourir au financement des investissements.
II. - Les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat.
III. - Le concours de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics au financement des investissements peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet. Dans ce cas, les statuts de cette société précisent la répartition des risques entre les actionnaires ainsi que les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêt.

Commentaires

Participation au financement des marchés de partenariat – L'article 80 consacre la possibilité pour des personnes publiques de participer au financement des investissements nécessaires à la réalisation du projet, objet du marché de partenariat. L'éligibilité aux subventions est également de principe consacrée. Le concours financier peut, enfin, résulter d'une participation minoritaire au capital de la société du titulaire du marché dès lors que cette société a été constituée exclusivement pour la réalisation du projet. Rappelons que les marchés de partenariat ne sont pas soumis aux dispositions de la première partie relatives aux avances et aux acomptes (art. 59) et à l'interdiction du paiement différé (art. 60), ce qui constitue de fait leur principale particularité.

Références

D., art. 160.

Article 81

Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles l'actionnaire du titulaire, lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet, peut être modifié. Il prévoit notamment les modalités d'information de l'acheteur et, le cas échéant, les modalités de partage de la plus-value de cession des titres.

Commentaires

Information de l'acheteur sur l'évolution capitalistique -

L'article 81 impose le principe de l'information de l'acheteur sur les évolutions au sein des sociétés de projet, dans la répartition des parts ou actions. Le contrat doit prévoir les modalités de cette information et « le cas échéant » des modalités de partage des plus-values de cession des titres.

Article 82

L'acheteur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. Ces ajustements ne sauraient avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'acheteur de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au candidat pressenti de bouleverser l'économie de son offre.

Commentaires

Prise en compte des possibles évolutions du financement -

La longueur des projets induit de ne pas totalement figer les conditions de financement au moment de la conclusion du marché. En effet, des appels de fonds pourront parfois être faits plusieurs années après la signature pour les projets les plus complexes soumis à enquêtes publiques, nécessaires à des expropriations, sujettes à de nombreux recours. Le contrat doit intégrer cet élément.

Références

D., art. 159.

Chapitre II : Rémunération du titulaire par l'acheteur

Section 1 : Modalités de détermination de la rémunération du titulaire

Article 83

I. - La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur, à compter de l'achèvement des opérations mentionnées au 1^o du I de l'article 67, pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat.

Toutefois, les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des versements à titre d'avances et d'acomptes.

II. - Le contrat détermine les conditions dans lesquelles les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur.

Commentaire

Rémunération et revenus du titulaire - mai 2016 L'article 83 prévoit les conditions de rémunération du titulaire, à l'achèvement des opérations de construction, transformation, rénovation, démantèlement ou de

destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels objet du contrat. Le marché peut évidemment prévoir des avances et des acomptes. De même, le contrat doit prévoir les conditions de prise en compte des revenus dégagés sur les activités annexes ou la valorisation du domaine.

Références

D., art. 161 et 162.

Section 2 : Cessions de créance, crédits-bails, hypothèques

Article 84

I. - La rémunération due par l'acheteur peut être cédée conformément aux dispositions des articles L. 313-29-1 et suivants du Code monétaire et financier.

II. - Le financement des investissements peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

III. - Les ouvrages sur lesquels le titulaire dispose de droits réels ou dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du marché de partenariat. Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par l'acheteur et, le cas échéant, par la personne propriétaire du domaine.

Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du contrat.

Commentaires

Application du Code monétaire et financier - Le régime des marchés de partenariat permet légalement les cessions de créances en application du Code monétaire et financier, le financement des équipements par crédit-bail ou sur le fondement de droits réels.

Titre IV : Dispositions relatives à l'occupation domaniale

Article 85

I. - Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

II. - Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles les

ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition de l'acheteur. Il garantit notamment le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont l'acheteur est chargé et le respect des exigences du service public.

III. - Le marché de partenariat peut prévoir la possibilité pour l'acheteur d'exercer une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations édifiées dans le cadre du contrat.

IV. - Le marché de partenariat prévoit les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Commentaires

Principe d'autorisation d'occupation du domaine avec droits réels - Le marché de partenariat doit préciser les modalités d'occupation en particulier du domaine public nécessaire à la réalisation de son objet. Par principe, l'autorisation que confère le contrat emporte des droits réels. Les clauses du contrat doivent en outre prévoir avec précision le régime des biens immobiliers, la possibilité éventuelle pour l'acheteur de bénéficier d'une option d'achat et les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat.

Article 86

I. - Afin de valoriser une partie du domaine, l'acheteur peut, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, autoriser le titulaire :

1° À consentir des autorisations d'occupation du domaine public ;
2° À consentir des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée ;
3° À procéder à des cessions pour des biens qui lui ont été préalablement cédés.

II. - L'accord de l'acheteur doit être expressément formulé pour chacune des autorisations ou des baux mentionnés aux 1° et 2° du I. Lorsque le marché de partenariat est conclu par l'acheteur pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions ou lorsque l'opération est réalisée sur le domaine d'une autre personne morale de droit public ou privé, le titulaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine, après accord du propriétaire du domaine.

Lorsque les baux sont consentis par le titulaire pour une durée excédant celle du contrat, les conditions de reprise du bail par l'acheteur doivent faire l'objet d'une convention entre l'acheteur, le titulaire, le preneur et, le cas échéant, le propriétaire du domaine.

Commentaires

Valorisation domaniale - Le régime du marché de partenariat prévoit la possibilité pour le titulaire de consentir lui-même des autorisations d'occupation domaniale ou des baux privés, et même de constituer des droits réels, après accord de l'acheteur. Ces autorisations constituent des accessoires aux marchés de partenariat (voir Commentaires de l'article 101). Ces différents outils juridiques permettent ainsi au titulaire du marché de partenariat de valoriser les biens immobiliers objet du contrat, participant ainsi à son économie générale.

Titre V : Dispositions particulières relatives à l'exécution des marchés de partenariat

Article 87

I. - Le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

II. - Le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues.

Par dérogation à l'article L. 441-6 du Code de commerce, ces prestations sont payées dans des délais fixés par voie réglementaire.

III. - L'acheteur prend en compte, parmi les critères d'attribution du contrat, la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

Commentaires

Réservation aux PME - Afin de favoriser l'accès des PME aux marchés de partenariat, l'article 87 de l'ordonnance prévoit qu'une part minimale de l'exécution du marché doit être réservée à des PME ou à des artisans par le titulaire. Les acheteurs devront tenir compte de la part d'exécution confiée par le titulaire à des PME en prévoyant des critères d'attribution en ce sens. L'article 163 du décret fixe cette part minimale à 10 % du montant prévisionnel du contrat hors coût de financement, « sauf lorsque le tissu économique dans le secteur concerné ne le permet pas ». Il est également précisé dans le décret que cette obligation porte sur la part que le titulaire s'engage à confier « directement ou indirectement » à des PME ou artisans, ce qui inclut donc la prise en compte de la sous-traitance.

Références

D., art. 163.

Article 88

I. - Afin de permettre le suivi de l'exécution du marché de partenariat, un rapport annuel est établi par le titulaire. Il est adressé, chaque année, à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat.

II. - L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du contrat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu.

III. - Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel établi par le titulaire et les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant et font l'objet d'un débat.

Commentaires

Rapport annuel du partenaire - Le titulaire doit rendre compte chaque année de l'exécution du marché de partenariat (le contenu du rapport à établir étant détaillé à l'article 165 du décret). D'une part, on retrouve

ici la logique des contrats de longue durée. D'autre part, l'importance et les enjeux des marchés de partenariat impliquent la nécessité d'avoir un retour sur les conditions d'exécution. Le rapport est transmis aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs établissements en vue d'en débattre. En revanche, la mise à disposition du public n'est pas prévue.

Références

D., art. 165.

ment faire appel à un conciliateur, et en tout état de cause, transiger en cas de litiges. L'article 142 du décret prévoit par ailleurs, pour tous les marchés soumis à l'ordonnance (marchés de partenariat compris), les modalités de règlement amiable des litiges via le médiateur des entreprises ou les comités consultatifs de règlement amiable des différends.

Article 89

I. - En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat, parmi lesquelles peuvent figurer les frais financiers liés au financement mis en place dans le cadre de la mission globale confiée au titulaire, à condition qu'elles aient été utiles à l'acheteur. Cette prise en compte des frais financiers est subordonnée à la mention, dans les annexes du marché de partenariat, des clauses liant le titulaire aux établissements bancaires.

II. - Lorsqu'une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat.

Commentaires

Conséquences financières d'une fin anticipée du marché de partenariat - Cet article prévoit l'encadrement des conséquences de la cessation anticipée du marché de partenariat. Et, en particulier, les éléments devant être pris en compte pour le calcul de l'indemnité sur la base des éléments déjà reconnus par la jurisprudence en la matière.

Il consacre également la « clause autonome », qui, fixant les modalités d'indemnisation du titulaire en cas de disparition du contrat, en est réputée divisible, afin de limiter les risques juridiques de la pratique de « l'accord autonome ».

Article 90

Les acheteurs peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du Code de procédure civile pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française.

Pour l'État, le recours à l'arbitrage est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

Commentaires

Autorisation de recourir à l'arbitrage pour les marchés de partenariat - En cas de litige concernant un marché de partenariat, il est expressément prévu la possibilité de recours à l'arbitrage, ce qui, en soit, n'est pas une nouveauté.

En revanche, il est important de noter que la rédaction de l'ancien article 128 du Code des marchés publics n'est pas reprise par l'ordonnance. Il en découle une difficulté d'interprétation. La précision de la possibilité de recours à l'arbitrage, limitée aux seuls marchés de partenariat, induit que faute d'un article applicable à tous les marchés au sens de l'ordonnance, son champ d'application serait désormais réduit aux marchés de partenariat. Pour autant, les dispositions de la loi du 17 avril 1906 visée par l'ex-article 128 du Code ne sont pas abrogées ; mais il reste possible de considérer que l'intention des rédacteurs de l'ordonnance est bien de limiter le recours à l'arbitrage. Bien que cela ne soit pas précisé, les parties peuvent égale-

TROISIÈME PARTIE : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

Titre I^{er} : Dispositions générales applicables à l'outre-mer

Article 91

I. - Pour les marchés publics exécutés dans les départements, régions, collectivités uniques d'outre-mer, collectivités de l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à Mayotte, lorsque le taux de chômage des jeunes de moins de 25 ans pour la dernière année connue dans le territoire considéré est égal ou supérieur à une proportion définie par voie réglementaire au taux de chômage observé pour le niveau national pour la même catégorie, les acheteurs peuvent imposer qu'une part minimale définie par voie réglementaire du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché public soit effectuée par des jeunes de moins de 25 ans domiciliés dans ce territoire.

II. - Pour l'application du I en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna, la mention : « les acheteurs » est remplacée par la mention : « l'État et ses établissements publics ».

Commentaires

Prise en compte du taux de chômage - Pour tenir compte des spécificités de l'outre-mer confronté à d'importants taux de chômage des jeunes, l'ordonnance pose le fondement d'un dispositif réglementaire permettant d'imposer une part minimale d'emploi des populations concernées. Le dispositif est toutefois limité à l'État et ses établissements sur les trois territoires visés au paragraphe II.

Références

D. n°2016-360, art. 167 à 175.

Titre II : Dispositions particulières à Mayotte

Article 92

Pour l'application de la présente ordonnance à Mayotte :

1° À l'article 36, les Références aux articles L. 5213-13 et L. 5132-4 du Code du travail sont remplacées par les Références aux articles L. 328-33 et L. 127-4 du Code du travail applicable à Mayotte ;

2° À l'article 45, les Références aux articles L. 1146-1, L. 2242-5, L. 8221-

1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail sont remplacées par les Références aux articles L. 046-1, L. 124-1, L. 124-3, L. 312-1, L. 312-2 et L. 330-5 du Code du travail applicable à Mayotte.

Titre III : Dispositions particulières à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon

Article 93

Pour l'application de la présente ordonnance à Saint-Barthélemy :
1° L'article 2 est ainsi rédigé :

« Art. 2. - Les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

« Les acheteurs peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

« La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement et la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité. » ;

2° À l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 7°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Le a du 12° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires ; »

3° À l'article 15, le dernier alinéa du 4° et le 6° sont supprimés ;

4° À l'article 16 :

a) Au 3°, les mots : « , au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Au 6°, les mots : « , y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers » sont supprimés ;

c) Le 8° est supprimé ;

d) Au 9°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de Saint-Barthélemy » ;

5° Au III de l'article 22, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° Au I de l'article 25, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° Au IV de l'article 26, le mot : « autre » est supprimé ;

8° Au IV de l'article 28, le mot : « autres » est supprimé ;

9° À l'article 31, la référence au 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

10° À l'article 33, les mots : « mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation », « , soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée » et « mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation » sont supprimés ;

11° À l'article 38, les mots : « des États membres de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « de la République » ;

12° À l'article 45, les Références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du Code général des impôts sont remplacées par les Références ayant le même objet applicables localement et les mots : « , ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

13° À l'article 51, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans un État tiers » ;

14° À l'article 54, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers » sont supprimés ;

15° L'article 58 est supprimé.

Article 94

Pour l'application de la présente ordonnance à Saint-Martin :

1° À l'article 31, la référence au 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

2° À l'article 33, les mots : « mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation », « , soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée » et « mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation » sont supprimés ;

3° À l'article 45, les Références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du Code général des impôts sont remplacées par les Références ayant le même objet applicables localement.

Article 95

Pour l'application de la présente ordonnance à Saint-Pierre-et-Miquelon :

1° L'article 2 est ainsi rédigé :

« Art. 2. - Les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

« Les acheteurs peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

« La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de

sécurité de l'information et d'approvisionnement et la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité. » ;

2° À l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 7°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Le a du 12° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires ; »

3° À l'article 15, le dernier alinéa du 4° et le 6° sont supprimés ;

4° À l'article 16 :

a) Au 3°, les mots : « , au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Au 6°, les mots : « , y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers » sont supprimés ;

c) Le 8° est supprimé ;

d) Au 9°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de Saint-Pierre-et-Miquelon » ;

5° Au III de l'article 22, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° Au I de l'article 25, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° Au IV de l'article 26, le mot : « autre » est supprimé ;

8° Au IV de l'article 28, le mot : « autres » est supprimé ;

9° À l'article 31, la référence au 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

10° À l'article 33, les mots : « mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation », « , soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée » et « mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation » sont supprimés ;

11° À l'article 38, les mots : « des États membres de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « de la République » ;

12° À l'article 45, les Références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du Code général des impôts sont remplacées par les Références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

13° À l'article 51, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans un État tiers » ;

14° À l'article 54, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers » sont supprimés ;

15° L'article 58 est supprimé.

Titre IV : Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie

Article 96

La présente ordonnance est applicable en Nouvelle-Calédonie aux marchés publics, définis à l'article 4, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des compétences dévolues à cette collectivité et des dispositions suivantes :

1° L'article 2 est ainsi rédigé :

« Art. 2. - Les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

« Les acheteurs peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

« La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement et la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité. » ;

2° À l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 7°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Le a du 12° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires ; »

3° À l'article 15, le dernier alinéa du 4° et le 6° sont supprimés.

4° À l'article 16 :

a) Au 3°, les mots : « , au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Au 6°, les mots : « , y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers » sont supprimés ;

c) Le 8° est supprimé ;

d) Au 9°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de la Nouvelle-Calédonie » ;

5° Au III de l'article 22, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° Au I de l'article 25, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° Au IV de l'article 26, le mot : « autre » est supprimé ;

8° Au IV de l'article 28, le mot : « autres » est supprimé ;

9° À l'article 31, la référence au 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

10° À l'article 33, les mots : « mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation », « , soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée » et « mentionnés à l'article L. 411-2 du

Code de la construction et de l'habitation » sont supprimés ;

11° À l'article 35, les mots : « visés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant » sont remplacés par les mots : « de droit privé autorisés par la réglementation applicable localement à gérer » ;

12° À l'article 36, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du Code du travail », « mentionnés à l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles et ainsi qu'à des structures équivalentes » et « mentionnées à l'article L. 5132-4 du Code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;

13° À l'article 38, les mots : « des États membres de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « de la République » ;

14° À l'article 45 :

a) Au 1°, les Références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du Code général des impôts sont remplacées par les Références ayant le même objet applicables localement, et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au a du 4°, les mots : « pour méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail » sont remplacés par les mots : « pour une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les mots : « de l'article L. 1146-1 du même Code ou » sont supprimés ;

c) Au b et au c du 4°, la référence à l'article L. 2242-5 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

d) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

15° À l'article 51, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans un État tiers » ;

16° À l'article 54, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers » sont supprimés ;

17° L'article 58 est supprimé ;

18° À l'article 59, les mots : « , les collectivités territoriales et les établissements publics locaux » sont supprimés ;

19° À l'article 60, les mots : « , les collectivités territoriales et leurs établissements publics » sont supprimés ;

20° À l'article 77, les II et III sont supprimés ;

21° À l'article 78, les II et III sont supprimés ;

22° À l'article 80, les mots : « et des collectivités territoriales » sont supprimés ;

23° À l'article 88, le III est supprimé.

Titre V : Dispositions applicables en Polynésie française

Article 97

La présente ordonnance est applicable en Polynésie française aux marchés publics, définis à l'article 4, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des compétences dévolues à cette collectivité et des dispositions suivantes :

1° L'article 2 est ainsi rédigé :

« Art. 2. - Les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

« Les acheteurs peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

« La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement et la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité. » ;

2° À l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 7°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité » sont supprimés ;

c) Le a du 12° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires ; »

3° À l'article 15, le dernier alinéa du 4° et le 6° sont supprimés ;

4° A l'article 16 :

a) Au 3°, les mots : « , au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Au 6°, les mots : « , y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers » sont supprimés ;

c) Le 8° est supprimé ;

d) Au 9°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire de la Polynésie française » ;

5° Au III de l'article 22, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

6° Au I de l'article 25, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre » ;

7° Au IV de l'article 26, le mot : « autre » est supprimé ;

8° Au IV de l'article 28, le mot : « autres » est supprimé ;

9° À l'article 31, la référence au 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

10° À l'article 33, les mots : « mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation », « , soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée » et « mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation » sont supprimés ;

11° À l'article 35, les mots : « visés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant » sont remplacés par les mots : « de droit privé autorisés par la réglementation applicable localement à gérer » ;

12° À l'article 36, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du Code du travail », « mentionnés à l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes » et « mentionnées à l'article L. 5132-4 du Code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale » ;

13° À l'article 38, les mots : « des États membres de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « de la République » ;

14° À l'article 45 :

a) Au 1°, les Références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du Code

général des impôts sont remplacées par les Références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au a du 4°, les mots : « pour méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail » sont remplacés par les mots : « pour une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les mots : « de l'article L. 1146-1 du même Code ou » sont supprimés ;

c) Au b et au c du 4°, la référence à l'article L. 2242-5 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

d) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement ;

15° À l'article 51, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans un état tiers » ;

16° À l'article 54, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers » sont supprimés ;

17° L'article 58 est supprimé ;

18° À l'article 59, les mots : « , les collectivités territoriales et les établissements publics locaux » sont supprimés ;

19° À l'article 60, les mots : « , les collectivités territoriales et leurs établissements publics » sont supprimés ;

20° À l'article 77, les II et III sont supprimés ;

21° À l'article 78, les II et III sont supprimés ;

22° À l'article 80, les mots : « et des collectivités territoriales » sont supprimés ;

23° À l'article 88, le III est supprimé.

Titre VI : Dispositions applicables dans les îles Wallis et Futuna

Article 98

La présente ordonnance est applicable dans les îles Wallis et Futuna aux marchés publics, définis à l'article 4, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° L'article 2 est ainsi rédigé :

« Art. 2. - Les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

« Les acheteurs peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

« La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement et la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité. » ;

2° A l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés ;

b) Au 7°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de

stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité » sont supprimés;
c) Le a du 12° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires; »

3° A l'article 15, le dernier alinéa du 4° et le 6° sont supprimés;

4° A l'article 16 :

a) Au 3°, les mots : « , au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, » sont supprimés;

b) Au 6°, les mots : « , y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers » sont supprimés;

c) Le 8° est supprimé;

d) Au 9°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire des îles Wallis et Futuna »;

5° Au III de l'article 22, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre »;

6° Au I de l'article 25, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre »;

7° Au IV de l'article 26, le mot : « autre » est supprimé;

8° Au IV de l'article 28, le mot : « autres » est supprimé;

9° A l'article 31, la référence au 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet;

10° A l'article 33, les mots : « mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation », « , soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée » et « mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation » sont supprimés;

11° A l'article 35, les mots : « visés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant » sont remplacés par les mots : « de droit privé autorisés par la réglementation applicable localement à gérer »;

12° A l'article 36, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du Code du travail et à l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes » et les mots : « mentionnées à l'article L. 5132-4 du Code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale »;

13° A l'article 38, les mots : « des États membres de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « de la République »;

14° A l'article 45 :

a) Au 1°, les Références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du Code général des impôts sont remplacées par les Références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne » sont supprimés;

b) Au a du 4°, les mots : « pour méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail » sont remplacés par les mots : « pour une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les mots : « de l'article L. 1146-1 du même Code ou » sont supprimés;

c) Au b et au c du 4°, la référence à l'article L. 2242-5 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement;

d) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement;

15° A l'article 51, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans un état tiers »;

16° A l'article 54, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers » sont supprimés;

17° L'article 58 est supprimé;

18° A l'article 59, les mots : « , les collectivités territoriales et les établissements publics locaux » sont supprimés;

19° A l'article 60, les mots : « , les collectivités territoriales et leurs établissements publics » sont supprimés;

20° A l'article 77, les II et III sont supprimés;

21° À l'article 78, les II et III sont supprimés;

22° À l'article 80, les mots : « et des collectivités territoriales » sont supprimés;

23° À l'article 88, le III est supprimé.

Titre VII : Dispositions applicables dans les Terres australes et antarctiques françaises

Article 99

La présente ordonnance est applicable dans les Terres australes et antarctiques françaises aux marchés publics, définis à l'article 4, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° L'article 2 est ainsi rédigé :

« Art. 2. - Les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

« Les acheteurs peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

« La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement et la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité. »;

2° À l'article 14 :

a) Au 1°, les mots : « , à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont supprimés;

b) Au 7°, les mots : « ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité » sont supprimés;

c) Le a du 12° est ainsi rédigé :

« a) Un instrument juridique tel qu'un accord international portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires; »

3° A l'article 15, le dernier alinéa du 4° et le 6° sont supprimés;

4° A l'article 16 :

a) Au 3°, les mots : « , au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, » sont supprimés;

b) Au 6°, les mots : « , y compris un arrangement administratif conclu

entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers » sont supprimés;

c) Le 8° est supprimé;

d) Au 9°, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « hors du territoire des Terres australes et antarctiques françaises »;

5° Au III de l'article 22, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre »;

6° Au I de l'article 25, les mots : « l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre »;

7° Au IV de l'article 26, le mot : « autre » est supprimé;

8° Au IV de l'article 28, le mot : « autres » est supprimé;

9° À l'article 31, la référence au 1° de l'article L. 110-1 du Code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet;

10° À l'article 33, les mots : « mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du Code de la construction et de l'habitation », « , soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée » et « mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation » sont supprimés;

11° À l'article 35, les mots : « visés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant » sont remplacés par les mots : « de droit privé autorisés par la réglementation applicable localement à gérer »;

12° À l'article 36, les mots : « mentionnées à l'article L. 5213-13 du Code du travail et à l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes » et les mots : « mentionnées à l'article L. 5132-4 du Code du travail et à des structures équivalentes » sont remplacés par les mots : « créées en application de la réglementation locale »;

13° À l'article 38, les mots : « des États membres de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « de la République »;

14° À l'article 45 :

a) Au 1°, les Références aux articles 1741 à 1743, 1746 et 1747 du Code général des impôts sont remplacées par les Références ayant le même objet applicables localement et les mots : « ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne » sont supprimés;

b) Au a du 4°, les mots : « pour méconnaissances des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail » sont remplacés par les mots : « pour une infraction en matière de travail dissimulé, d'emploi illégal d'étranger et de marchandage définies par la législation localement applicable » et les mots : « de l'article L. 1146-1 du même Code ou » sont supprimés;

c) Au b et au c du 4°, la référence à l'article L. 2242-5 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement;

d) Au 5°, la référence à l'article L. 8272-4 du Code du travail est remplacée par une référence ayant le même objet applicable localement;

15° À l'article 51, les mots : « hors du territoire de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans un État tiers »;

16° À l'article 54, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers » sont supprimés;

17° L'article 58 est supprimé;

18° À l'article 59, les mots : « , les collectivités territoriales et les établissements publics locaux » sont supprimés;

19° À l'article 60, les mots : « , les collectivités territoriales et leurs éta-

blissements publics » sont supprimés;

20° À l'article 77, les II et III sont supprimés;

21° À l'article 78, les II et III sont supprimés;

22° À l'article 80, les mots : « et des collectivités territoriales » sont supprimés;

23° À l'article 88, le III est supprimé.

QUATRIÈME PARTIE : DISPOSITIONS DIVERSES

Article 100

Dans toutes les dispositions législatives en vigueur, pour les contrats passés en application de la présente ordonnance, les Références au Code des marchés publics, à l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, 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 ou aux autres dispositions modifiées ou abrogées par les articles 101 et 102, s'entendent comme faisant référence à la présente ordonnance pour autant que lesdits contrats eussent relevé du champ d'application de ces dispositions avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Commentaires

Harmonisation des références de la commande publique -

Afin de ne pas avoir à reprendre la multiplicité des textes légaux pouvant viser le Code des marchés ou l'ordonnance, les références à ces dispositions doivent désormais être entendues comme renvoyant à l'ordonnance « Marchés publics ».

Article 101

I.-Le Code général de la propriété des personnes publiques est ainsi modifié :

1° L'article L. 2122-6 est complété par les deux alinéas suivants :

« Une autorisation d'occupation temporaire ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante.

« Dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent Code, les conditions de l'occupation du domaine. » ;

2° Le deuxième alinéa du I de l'article L. 2341-1 est complété par les dispositions suivantes :

« Il ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante.

« Dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent Code, les conditions de l'occupation du domaine. »

II.-Le Code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° L'article L. 1311-2 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 1311-2.-Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime en vue de la réalisation d'une opé-

ration d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

« Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

« Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante.

« Dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent Code, les conditions de l'occupation du domaine. » ;

2° L'article L. 1311-5 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa du I, les mots : « , en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public » sont supprimés ;

b) Le III est remplacé par les dispositions suivantes :

« III.-Les collectivités territoriales ne peuvent utiliser ces autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels pour l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour leur compte ou pour leurs besoins.

« Dans le cas où une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du I et du Code général de la propriété des personnes publiques, les conditions de l'occupation du domaine. » ;

3° Le chapitre IV du titre Ier du livre IV de la première partie est remplacé par un chapitre IV ainsi rédigé :

« Chapitre IV

« Les marchés publics

« Art. L. 1414-1.-Les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont passés et exécutés conformément à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

« Art. L. 1414-2.-Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance susmentionnée, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5. Toutefois, en cas d'urgence impérieuse, le marché public peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

« Les délibérations de la commission d'appel d'offres peuvent être organisées à distance dans les conditions de l'ordonnance du 6 novembre 2014 susvisée.

« Art. L. 1414-3.-I.-Lorsqu'un groupement de commandes est composé en majorité de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux

autres qu'un établissement public social ou médico-social, il est institué une commission d'appel d'offres composée des membres suivants :

« 1° Un représentant élu parmi les membres ayant voix délibérative de la commission d'appel d'offres de chaque membre du groupement qui dispose d'une commission d'appel d'offres ;

« 2° Un représentant pour chacun des autres membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres.

« La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement. Pour chaque membre titulaire peut être prévu un suppléant.

« II.-La convention constitutive d'un groupement de commandes peut prévoir que la commission d'appel d'offre compétente est celle du coordonnateur du groupement si celui-ci en est doté.

« III.-Le président de la commission peut désigner des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de la consultation. Celles-ci sont convoquées et peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres.

« La commission d'appel d'offres peut également être assistée par des agents des membres du groupement, compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.

« Le comptable du coordonnateur du groupement, si celui-ci est un comptable public, et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres, lorsqu'ils y sont invités. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.

« Art. L. 1414-4.-Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis.

« Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres. » ;

III.-L'article 4 de la loi du 31 décembre 1975 susvisée est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 4.-Le présent titre s'applique aux marchés publics passés en application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et aux marchés passés par les entreprises publiques qui ne sont pas des acheteurs soumis à la même ordonnance » ;

IV.-L'article 2 de la loi du 22 juin 1987 susvisée est remplacé par un article ainsi rédigé :

« Art. 2.-Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'État. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre d'un marché public prévu au 5° de l'article 35 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. »

V.-L'article 7 de la loi du 17 février 2009 susvisée est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« IV.-Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante. »

VI.-L'article 34 de la loi du 29 décembre 2014 susvisée est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 34.-I.-Nonobstant toute disposition contraire des textes qui leur sont applicables, les organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales et dont la liste est établie

par l'arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014, ainsi que les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique ne peuvent conclure des contrats de crédit-bail, au sens des articles L. 313-7 à L. 313-11 du Code monétaire et financier, qui ont pour objet la réalisation, la modification ou la rénovation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels répondant à un besoin précisé par la collectivité publique et destinés à être mis à sa disposition ou à devenir sa propriété. « Cette interdiction ne s'applique pas aux projets dont l'avis d'appel public à la concurrence a été publié avant le 1^{er} janvier 2015.

« II.-L'État peut conclure, pour le compte d'une personne publique mentionnée au I, un tel contrat, sous réserve que :

« 1° Le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet ;

« 2° L'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la situation financière de la personne publique. »

Commentaires

Les BEA et les AOT, des contrats accessoires aux marchés de partenariat ou d'autres régimes (concession) - En vertu de cet article, les baux emphytéotiques administratifs (BEA) comme les autorisations d'occupation temporaire (AOT) ne peuvent plus contenir des clauses d'expression d'un besoin public. Ils ne constituent donc que des conditions de mise en œuvre d'un contrat de la commande publique. Ces nouvelles dispositions engendrent une forte incertitude pour un grand nombre d'opérations locales pour lesquelles les BEA et les AOT conclus dans le cadre d'appels à projets permettent de réaliser des installations photovoltaïques, d'entretenir du parc immobilier ou de céder du foncier avec charges d'intérêt général, surtout pour des opérations de faible montant. Ces dispositions nouvelles peuvent en tout état de cause avoir un effet contre-productif. En effet, puisque le recours aux marchés de partenariat n'est possible qu'au-dessus d'un seuil fixé par voie réglementaire (voir article 75 de l'ordonnance et 151 du décret), cette limite pose inéluctablement la question du devenir des marchés dont la valeur hors taxe n'atteint pas ce seuil. A priori, ces marchés ne pourront plus être passés sous la forme d'un BEA ou d'une AOT, puisque le législateur a expressément exclu la possibilité que leur objet puisse porter sur l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation. L'expression de ce type de besoin devient en définitive l'apanage des seuls marchés de partenariat (ou éventuelle d'une concession si les critères en sont remplis).

Article 102

Sont abrogés :

1° L'article L. 2122-15 du Code général de la propriété des personnes publiques ;

2° L'article L. 1615-13 du Code général des collectivités territoriales ;

3° Les articles L. 6148-2, L. 6148-5 à L. 6148-5-3 et L. 6148-7 du Code de la santé publique ;

4° Le Code des marchés publics ;

5° Le décret-loi du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics ;

6° L'article 35 septies de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée ;

7° L'article 19-1 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée ;

8° L'article 8 de la loi du 8 février 1995 susvisée ;

9° L'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 susvisée en tant qu'il concerne

des personnes soumises à la présente ordonnance ;
10° L'article 3 de la loi du 29 août 2002 susvisée ;
11° L'article 29 de la loi du 11 février 2005 susvisée ;
12° L'article 110 de la loi du 25 mars 2009 susvisée ;
13° L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;
14° 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.

Commentaires

Mise en cohérence des textes - L'ordonnance procédant à une refonte des textes applicables aux marchés publics (voir Commentaires des premiers articles de l'ordonnance), certaines dispositions s'en trouvent donc devoir être abrogées, comme l'ancien Code des marchés publics bien sûr,

l'ordonnance du 6 juin 2005, mais surtout le décret-loi de 1938 qui fondait, de manière tout de même un peu précaire, la compétence du gouvernement pour procéder uniquement par voie réglementaire.

Les dispositions de la loi Murcef (loi du 11 décembre 2001) concernant la qualification de contrat administratif des marchés publics sont également impactées, cette question étant traitée par l'ordonnance.

Les dispositions de l'article 8 de la loi du 8 février 1995, imposant l'avis de la commission d'appel d'offres pour les avenants de plus de 5 %, disparaissent également.

En outre, les dispositions spécifiques concernant les contrats de partenariat sont également abrogées en raison de leur intégration au titre des marchés de partenariat (L. 2122-15 du CGPPP, ordonnance du 17 juin 2004, articles du Code de la santé publique sur les baux emphytéotiques hospitaliers) ; l'article L. 1615-13 du CGCT concernant l'éligibilité au FCTVA des BEA « contrats de partenariat » est également abrogé, mais laisse un vide sur cette éligibilité dans le cadre de l'ordonnance de 2015.

CINQUIÈME PARTIE : DISPOSITIONS FINALES

Article 103

I. - La présente ordonnance entre en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1^{er} avril 2016.

II. - Sous réserve de son entrée en vigueur dans les conditions prévues au I, la présente ordonnance s'applique aux marchés publics ainsi qu'aux contrats qui relèvent de cette ordonnance pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2016.

Article 104

Le Premier ministre, la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, la garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre des finances et des comptes publics, le ministre de la défense, le ministre de l'intérieur, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et la ministre des outre-mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait le 23 juillet 2015.

François Hollande

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

Manuel Valls

Le ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique,

Emmanuel Macron

La ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie,

Ségolène Royal

La garde des Sceaux, ministre de la Justice,

Christiane Taubira

Le ministre des Finances et des Comptes publics,

Michel Sapin

Le ministre de la Défense,

Jean-Yves Le Drian

Le ministre de l'Intérieur,

Bernard Cazeneuve

La ministre des Outre-mer,

George Pau-Langevin

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

NOR : EINM1600207D

JORF n°0074 du 27 mars 2016

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la convention des Nations unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées signée à New York le 30 mars 2007, publiée par le décret n° 2010-356 du 1er avril 2010, et la loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées ;

Vu le règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil ;

Vu le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission européenne du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 ;

Vu le règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission européenne du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen ;

Vu la 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 ;

Vu la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ;

Vu la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ;

Vu le Code civil ;

Vu le Code de commerce ;

Vu le Code général des collectivités territoriales ;

Vu le Code de la construction et de l'habitation ;

Vu le Code de justice administrative ;

Vu le Code monétaire et financier ;

Vu le Code de procédure civile, notamment son article 1441-3 ;

Vu le Code général de la propriété des personnes publiques, notamment ses articles R. 2122-28 à R. 2122-49 ;

Vu le Code des relations entre le public et l'administration, notamment son article L. 132-1 ;

Vu le Code de la route, notamment son article R. 311-1 ;

Vu le Code rural et de la pêche maritime ;

Vu le Code de la santé publique ;

Vu le Code du travail ;

Vu le Code du travail applicable à Mayotte, notamment son article L. 143-14 ;

Vu le Code de l'urbanisme ;

Vu la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ;

Vu la loi n° 81-766 du 10 août 1981 modifiée relative au prix du livre ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

Vu la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 modifiée relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, notamment son article 19 ;

Vu la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ;

Vu la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, notamment son article 34 ;

Vu l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, notamment son article 13 ;

Vu l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique ;

Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu le 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 privé ;

Vu le décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics en application de l'article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 ;

Vu le décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale ;

Vu le décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la direction des achats de l'État et relatif à la gouvernance des achats de l'État ;

Vu l'avis du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en date du 16 février 2016 ;

Vu l'avis du Conseil national d'évaluation des normes en date du 3 mars 2016 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon en date du 20 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil départemental de Guadeloupe en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil régional de Guadeloupe en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine de l'assemblée de Guyane en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine de l'assemblée de Martinique en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil départemental de Mayotte en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil départemental de La Réunion en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil régional de La Réunion en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Barthélemy en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine du conseil territorial de Saint-Martin en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine du gouvernement de la Polynésie française en date du 21 janvier 2016 ;

Vu la saisine de l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna en date du 8 février 2016 ;

Le Conseil d'État (section de l'administration) entendu,

Décrète :

PREMIÈRE PARTIE : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Titre I^{er} : CHAMP D'APPLICATION

Commentaires

Introduction – Le premier titre de cette première partie consacrée aux dispositions générales précise les éléments nécessaires à l'appréciation du champ d'application, à titre principal, des marchés publics au sens de l'ordonnance « Marchés » du 23 juillet 2015, mais également, a contrario, celui de l'ordonnance « Concession » du 29 janvier 2016 et son décret d'application du 1^{er} février 2016.

Les dispositions du décret sont à mettre en relation avec le titre I^{er} de la première partie de l'ordonnance « Marchés publics » et en particulier de la section 3 définissant les acheteurs publics ou privés, les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices et entreprises publiques intervenant dans les activités d'opérateurs de réseaux.

Article 1

Le présent décret s'applique aux marchés publics soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, à l'exception des marchés publics de défense ou de sécurité définis à l'article 6 de cette ordonnance.

Commentaires

Marchés soumis au décret – Le présent décret concerne tous les marchés à l'exception des marchés de défense ou de sécurité soumis à un autre décret spécifique. La notion de marchés publics est quant à elle définie dans l'ordonnance, comme leur objet.

Références

Ord. 23 juillet 2015, art. 4 ; art. 5 ; art. 6.

Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés de défense ou de sécurité.

Conseils pratiques

Recommandations

- Procéder à une identification claire de l'existence d'un besoin au sens de la commande publique afin de sécuriser le choix des procédures à mettre en œuvre. Non seulement les caractéristiques de ce besoin peuvent parfois conduire à s'exonérer à tort des règles de la commande publique (marché public de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et concession de l'ordonnance du 29 janvier 2016), en particulier par l'utilisation de contrats immobiliers complexes, mais, au surplus, certaines prestations sont parfois sollicitées « gratuitement » en contrepartie d'autorisations diverses.
- Établir une cartographie des différents contrats pouvant relever d'un contrat de commande publique s'impose au sein de l'acheteur.

Article 2

La Banque de France, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, l'Institut d'émission d'outre-mer, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts, l'Académie nationale de médecine, l'Académie des sciences morales et politiques ainsi que la Caisse des dépôts et consignations appliquent les règles relatives aux acheteurs autres que l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Pôle Emploi, les offices publics de l'habitat ainsi que, pour leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche, les établissements publics de l'État à caractère administratif ayant dans leurs statuts une mission de recherche appliquent les règles mentionnées au premier alinéa. Ils sont toutefois soumis aux dispositions des articles 110 à 121.

Commentaires

Règles applicables à certains acheteurs – Le champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est précisé concernant certains acheteurs nommément désignés.

Ces acheteurs particuliers n'appliquent pas les règles des marchés publics des pouvoirs adjudicateurs applicables en principe à l'État, ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs établissements. Ils bénéficient ainsi d'une souplesse plus importante pour leurs procédures d'achats, en particulier pour la Caisse des dépôts, Pôle Emploi et tous les offices publics de l'habitat.

Références

CMP 2006, art. 5.

Ord. 23 juillet 2015, art. 9 ; art. 10 ; art. 11.

Conseils pratiques

Recommandations

- Identifier sa catégorie avec précision pour déterminer clairement les règles de procédure applicables. L'exercice est d'autant plus incontournable que certaines personnes (collectivités territoriales et leurs établissements en particulier) peuvent :
 - relever de règles différentes selon la nature de leurs activités d'opérateur de réseaux (une communauté d'agglomération ou une métropole pourra être selon les cas soit un pouvoir adjudicateur, soit une entité adjudicatrice) ;
 - relever de règles différentes selon les caractéristiques techniques de l'activité (limites à la notion d'opérateurs de réseaux pour les activités de distribution d'eau notamment combinées avec des activités d'assainissement) ou de la mixité de l'objet du contrat comprenant des prestations relevant des secteurs traditionnels et celles relevant des activités d'opérateurs de réseaux ;
 - relever de règles différentes selon l'objet particulier du marché, même pour une entité adjudicatrice dont la totalité de l'activité est dédiée à l'exploitation d'une activité de réseaux dont certains contrats continuent d'être considérés comme relevant d'activités de pouvoirs adjudicateurs (en matière de transport public en particulier, en application de la jurisprudence du Conseil d'État).

- Établir un guide interne des procédures applicables aux services, permettant de préciser, de la définition des besoins aux formalités d'achèvement de la procédure, toutes les prescriptions à respecter pour adapter les formules d'actes et courriers qui en découlent.
- Concernant Pôle Emploi, mais également tous les offices publics de l'habitat, les dispositions des articles 110 à 121 concernant l'exécution financière des marchés s'appliquent. L'exclusion, pour ces deux catégories de personnes morales de droit public, des autres règles d'exécution du décret au-delà de l'article 121, notamment concernant les garanties financières, devra être palliée par la rédaction de clauses contractuelles précises.

Article 3

Pour l'application de l'article 2 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondées sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs économiques autorisés à soumettre une offre, en tenant compte du champ géographique et sectoriel des accords internationaux mentionnés par cet article ainsi que des éventuelles restrictions qu'ils comportent. Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise, en tant que de besoin, et en fonction du contenu de ces accords, les pays et les secteurs pour lesquels de telles mesures ne peuvent être introduites.

Commentaires

Dérogations au principe de non-discrimination - Conformément à la possibilité offerte par l'ordonnance du 23 juillet 2015 consacrant le principe de non-discrimination, des dispositions réglementaires d'application déterminent les conditions de mise en œuvre des dérogations concernant les pays non adhérents à l'accord cadre de l'OMC. Les pays et les secteurs concernés sont déterminés sur la base d'un arrêté d'application complémentaire.

Références

Ord. 23 juillet 2015, art. 2.

Titre II : PRÉPARATION DU MARCHÉ PUBLIC

Chapitre I^{er} : Définition préalable des besoins

Commentaires

Introduction - Si l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 pose le principe de la définition préalable des besoins à l'instar de l'ancien article 5 du Code des marchés publics, les modalités de mise en œuvre de cette définition sont précisées dans les articles du décret relevant de ce chapitre qui consacre les pratiques de sourçage en amont de la procédure (art. 4), l'incidence de l'éventuelle participation d'un opérateur économique à la préparation du marché (art. 5), la définition des spécifications techniques par

référence à des normes (art. 6), en termes de performances ou d'exigences (art. 7), par référence également à un élément précis (art. 8) en veillant à ne pas porter atteinte au principe de non-discrimination.

La prise en compte de l'accessibilité (art. 9) et des labels (art. 10) permet de donner une dimension plus grande à la commande publique durable.

Enfin, l'acheteur peut exiger des moyens de preuve renforcés pour s'assurer de la conformité des offres proposées, afin de sécuriser son choix mais également pour garantir l'égalité de traitement des candidats (art. 11).

Caractère limité de la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales dans le décret - Alors que la COP21 a permis de conclure sur un accord portant sur des engagements en terme d'objectifs de limitation de la hausse des températures pour lutter contre le réchauffement climatique, que par ailleurs des objectifs sont clairement définis dans la Loi pour la transition énergétique et la croissance verte, aucune disposition particulière dans le décret d'application de l'ordonnance ne s'inscrit dans une démarche positive concrète pour mettre en œuvre les dispositifs et engagements pris par la France.

Références

CMP 2006, art. 5.
Ord. 23 juillet 2015, art. 30.

Section 1 : Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques

Article 4

Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Commentaires

Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques - Pendant longtemps, le sourçage, consistant à rencontrer les entreprises pour informer des projets et des besoins, a été considéré comme une forme de rupture d'égalité de traitement des candidats. Mais cette pratique a acquis, au fil des années, ses lettres de noblesse pour être finalement consacrée comme gage de renforcement de la pertinence et de la performance de l'acte économique d'achat, comme du métier d'acheteur qui en découle, dont le vocable est d'ailleurs lui-même consacré à l'article 9 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Quels que soient les méthodes et les échanges intervenus, il est évidemment nécessaire de veiller à ce qu'ils ne fassent pas la concurrence dans le cadre du déroulement des procédures de passation.

Absence de reconnaissance de la pratique de l'offre spontanée - Dans le cadre de l'ancien Code des marchés publics, la circulaire du 14 février 2012 avait introduit la possibilité de prendre en considération des offres spontanées d'entreprises, pour présenter au pouvoir adjudica-

teur « un projet répondant à un besoin qu'il n'aurait pas identifié », à l'instar de ce qui existe pour les contrats de partenariat.

Ni l'ordonnance ni le décret ne consacrent cette pratique, mais ils ne l'interdisent pas non plus spécifiquement, alors même que le sourçage (qui est l'action inverse de l'offre spontanée) est désormais consacré. La pratique des offres spontanées pourrait donc se poursuivre, sous réserve de l'interprétation selon laquelle si seul le sourçage est autorisé, la pratique des offres spontanées serait à exclure faute d'être expressément prévue.

En cas d'intérêt pour les propositions faites, il sera évidemment nécessaire d'organiser une procédure de mise en concurrence permettant à la fois d'assurer l'égalité d'accès à la commande publique avec un cahier des charges qui ne soit pas orienté de telle sorte que seul l'opérateur économique ayant présenté l'offre spontanée puisse répondre ; à l'inverse, il conviendra de veiller à ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial.

Conseils pratiques

Recommandations

- Afin de renforcer la démonstration de la neutralité au regard des principes fondamentaux de la commande publique, le sourçage doit s'inscrire dans une démarche habituelle de recherche et d'échange d'informations auprès des opérateurs économiques d'un secteur « métier » déterminé, avec par exemple :
 - participation régulière à des salons professionnels ;
 - visites de sites de plusieurs entreprises avec compte-rendu ;
 - acceptation d'échantillons remis gratuitement ;
 - présentation par l'acheteur des principaux besoins en conférence ouverte à toutes les entreprises du domaine concerné ;
 - relais dans la presse spécialisée des projets...
- Le sourçage venant d'être consacré, le concept même de son caractère officiel reste délicat à appréhender pour des acheteurs français ou même européens. Pourtant, la commande publique américaine autorise depuis longtemps la collecte officielle des données nécessaires à la précision des besoins, en particulier avec la procédure de request for information (RFI) : l'acheteur publie un avis de demande d'informations permettant aux entreprises de communiquer officiellement des informations sur leurs produits, afin de permettre l'identification claire des spécifications pouvant être définies par l'acheteur avant le lancement d'une procédure d'appel d'offres.

Section 2 : Participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public

Article 5

L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Commentaires

Participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public

La participation d'un candidat à la préparation d'un marché public ne peut justifier, par principe, l'interdiction de sa participation à la réponse au marché ultérieur (CE 29 juillet 1998, garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Société Genicorps, req. n° 177952). Il incombe en effet à l'acheteur de prendre les mesures appropriées nécessaires pour que la concurrence ne soit pas faussée, dans un souci de conciliation entre l'égal accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats.

En cas de réelle impossibilité de mettre en place de telles mesures, que le juge appréciera de manière circonstanciée, l'entreprise concernée pourra être considérée comme relevant d'un des cas d'interdiction de l'article 48 de l'ordonnance : « les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public [...] 3° les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ».

Enfin, la jurisprudence communautaire s'est opposée à ce qu'un acheteur « puisse refuser, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services [objet du marché public en cours de consultation], alors que, interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence » (CJCE 3 mars 2005, Fabricom SA c/ État belge, aff. C-21/03 et C-34/03).

Références

Jurisprudence

CJCE 3 mars 2005, Fabricom SA c/ État belge, aff. C-21/03 et C-34/03 (Validité de l'attestation d'une entreprise que sa participation à la préparation d'un marché ne lui confère pas un avantage injustifié).

CE 29 juillet 1998, garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Société Genicorps, req. n° 177952 (Irrégularité du rejet de la candidature d'une entreprise au seul motif que sa participation à la préparation du marché lui procure un avantage concurrentiel).

Conseils pratiques

À éviter

- Ne pas choisir les bonnes options du CCAG PI pour les marchés d'études d'amont, pouvant limiter les possibilités de diffusion des informations.
- Limiter contractuellement dès le début la possibilité de répondre aux marchés ultérieurs, au risque de se priver de l'expertise des opérateurs les plus compétents dans certains domaines pour garantir une définition des besoins et de contraintes les plus précises possibles au stade des études d'amont.
- Ne pas donner suffisamment de temps aux candidats pour lire toute la documentation nécessaire à l'établissement d'une offre de qualité.
- Imposer des consultations sur place de documents volumineux.

Recommandations

- Mise en place d'une stratégie particulière d'anticipation du risque contentieux comme par exemple :
 - pour les études de faisabilité, veiller à ce que les études réalisées et les droits de reproduction permettent la diffusion des informations aux futurs candidats de la consultation établie à partir de ces études ;
 - assurer une parfaite diffusion des informations résultant d'études préalables, avec un délai suffisant de consultation pour garantir que le

délai d'appropriation des données soit suffisant pour ne pas avantager outre mesure les opérateurs économiques impliqués très en amont dans le projet ;

- pour les assistances à maîtrise d'ouvrage, veiller à un meilleur allotissement des prestations distinctes (techniques, financières, administratives et juridiques) - au demeurant, par principe obligatoire - pour limiter les avantages liés à la connaissance globale et amont de l'opération ;
- insérer dans les assistances à maîtrise d'ouvrage d'amont la mission d'assistance au suivi des procédures de consultation aval, créant contractuellement une interdiction légitime d'être juge et partie pour les opérateurs ayant participé aux études nécessaires à la constitution des dossiers de consultation...

Section 3 : Spécifications techniques

Article 6

I. - Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public.

Ces caractéristiques peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Les spécifications techniques peuvent aussi préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé.

II. - Les spécifications techniques sont formulées :

1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, choisis dans l'ordre de préférence suivant et accompagnés de la mention « ou équivalent » :

- a) Les normes nationales transposant des normes européennes ;
- b) Les évaluations techniques européennes ;
- c) Les spécifications techniques communes ;
- d) Les normes internationales ;
- e) Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.

La définition des normes ou autres documents mentionnés au présent

1° est publiée au Journal officiel de la République française ;

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché public et à l'acheteur d'attribuer le marché public. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales ;

3° Soit en combinant le 1° et le 2°.

Commentaires

Contenu des spécifications techniques - L'article 6 dresse la liste des modalités de définition des conditions techniques d'exécution des marchés publics, soit par référence à des prescriptions détaillées et/ou des normes, soit par référence à des objectifs performantiels ou des exigences fonctionnelles, soit par combinaison des deux techniques. Ces

dispositions trouveront à s'appliquer de plus en plus souvent dans le cadre des cahiers des charges fonctionnels qu'il sera nécessaire d'établir dans le cadre des procédures de passation des contrats globaux de performance de l'article 34 de l'ordonnance et, bien entendu, dans les marchés de partenariat. Sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et accords-cadres précisait les caractéristiques techniques à prendre en compte.

Il reste admis que certaines spécifications peuvent être assez larges au regard de la possibilité pour les professionnels de proposer différents produits d'un catalogue, comme pour de la fourniture de matériel de bureau (CAA Bordeaux 20 octobre 2009, SDIS de la Vienne, req. n° 08BX03158).

Références

Textes

CMP 2006, art. 6.

Ord. 23 juillet 2015, art. 34 - Marchés de conception, réalisation et exploitation ou maintenance.

Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics - NOR : EINM1608199V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Jurisprudence

CAA Bordeaux 20 octobre 2009, SDIS de la Vienne, req. n° 08BX03158 (Validité de spécifications techniques assez larges dès lors que les fournisseurs peuvent répondre avec différents produits de leur catalogue).

Conseils pratiques

À éviter

- Faire référence à des normes et référentiels obsolètes.
- Rédiger une clause générique de type « toutes les normes applicables en vigueur ». Les imprécisions dans ce domaine pourraient conduire à des insuffisances de définition des besoins pouvant remettre en cause la validité même de la procédure de passation, compte tenu de l'impact pour les opérateurs économiques que cela peut avoir sur le jugement de la qualité technique des offres, des prix proposés. En outre, l'imprécision de certains référentiels techniques peut également être source de litige dans l'exécution des prestations et travaux à réaliser comme pour l'étenue des garanties pouvant s'appliquer.

Recommandations

- Prévoir une assistance technique à maîtrise d'ouvrage pour bénéficier de l'expertise d'opérateurs économiques spécialisés dans les domaines objet du projet ou de la future consultation.
- Recourir également au sourçage dans les conditions de l'article 4 ci-dessus.
- Déterminer avec précision l'ensemble des référentiels techniques, de plus en plus nombreux au demeurant, applicables au futur marché.
- Pour la mise en valeur d'un achat performant, durable et innovant, ouvrir les spécifications techniques sur des exigences fonctionnelles plutôt que des normes ou référentiels déjà prédéterminés.
- Prévoir des clauses autorisant des propositions innovantes avec les contraintes d'agréments techniques, parfois expérimentaux (procédure d'Atex en travaux), impliquant également la réalisation de prototypes.

Article 7

Lorsque l'acheteur définit une spécification technique par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif que celle-ci n'est pas conforme à cette norme ou à ce document si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions

qu'il propose satisfait de manière équivalente aux exigences définies par cette norme ou ce document.

Lorsque l'acheteur définit une spécification technique en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il ne peut pas rejeter une offre si celle-ci est conforme à une norme ou à un document équivalent correspondant à ces performances ou exigences fonctionnelles. Le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que cette norme ou ce document équivalent correspond aux performances ou exigences fonctionnelles définies par l'acheteur.

Commentaires

Preuve de la conformité d'une offre - L'offre du candidat ne peut être déclarée non conforme aux spécifications techniques demandées (référence à des normes ou autres documents équivalents accessibles aux candidats) si ce dernier démontre par tout moyen de preuve, dans son offre, la conformité de son offre par équivalence.

Références

Textes

CMP 2006, art. 6.V.

Jurisprudence

TA Montpellier, 10 août 2015, Connect Sytee, req. n° 1504215 (Insuffisance de production de certificats de conformité à la norme européenne en langue étrangère, contrairement au règlement de consultation imposant la production d'un certificat de conformité à une norme précise, rédigé en langue française, établi par un laboratoire indépendant sur la base d'essais de conformité).

Conseils pratiques

À éviter

- Ne pas demander des précisions permettant d'apprécier la régularité d'une offre en cas de doute.
- Se contenter d'un contrôle formel des agréments techniques et autres attestations, notamment en langues étrangères, au risque de ne pas parfaitement établir la sincérité des documents produits.

Recommandations

- Indiquer clairement dans le règlement de la consultation les possibilités de demander des précisions. En particulier, les résultats d'essais de conformité aux normes visées ou leur équivalent par un laboratoire indépendant (cf. article 11), et portant sur tous les éléments qui en font la caractéristique, doivent être produits par les opérateurs économiques à l'appui de leur mémoire technique.
- Vérifier la réelle portée des certificats produits au regard des normes internationales, européennes et nationales, la conformité à une norme ISO n'impliquant pas nécessairement la conformité à une autre norme, européenne ou nationale, qui en découle mais qui peut évidemment être beaucoup plus restrictive. Il en est de même lorsque le pouvoir adjudicateur définit des performances et des exigences fonctionnelles et que le candidat certifie que son offre est conforme à des normes ou des documents équivalents par eux-mêmes aux performances ou exigences fonctionnelles requises.

Article 8

Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type

lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché public ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché public n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes « ou équivalent ».

Commentaires

Absence de discrimination des spécifications techniques - Les spécifications ne doivent être ni discriminantes ni limitatives de concurrence. Plus concrètement, il est strictement interdit de faire référence à une marque, à un procédé ou dispositif particulier (voir notamment CE 11 septembre 2006, Commune de Saran, req. n° 257545), sauf de manière exceptionnelle, avec la mention « ou équivalent ».

Parfois, le choix des matériaux est orienté, notamment par les architectes, au regard des particularités du patrimoine local. Dans ce cadre, il a pu être jugé que l'utilisation imposée de tuffeau de Villentrois pour la restauration de décors sculptés d'un donjon ne constituait pas une atteinte à la concurrence ou à l'égalité de traitement des candidats en raison de la large disponibilité de ce matériau (CAA Nantes, 28 mars 2013, SAS Guèble, req. n° 11NTO3159).

Concernant les difficultés générées par un système informatique, le pouvoir adjudicateur peut exiger une marque déterminée pour un système de gestion de bases de données relationnelles du fait de l'utilisation de cette marque pour l'ensemble des applications métiers et des facilités de liaisons interfaces (CAA Bordeaux, 14 février 2013, Société Index Éducation, req. n° 11BX01785).

En outre, n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement des candidats le choix de spécifications techniques destinées à favoriser un procédé innovant dans l'intérêt du marché, s'agissant en l'espèce d'une technologie novatrice de fixation des toiles de couverture permettant d'améliorer l'esthétique de l'ouvrage et d'éviter les contraintes de maintenance qu'imposait la méthode de fixation par cordes, drisses ou sandows, choix qui n'avait pas pour objet de favoriser l'entreprise (CE, 10 février 2016, Commune de Bondy, req. n° 382148).

Références

Textes

CMP 2006, art. 6.IV.

Jurisprudence

CE 10 février 2016, Commune de Bondy, n° 382148, annulant CAA Versailles, 6 mai 2014, req. n° 11VE01594 (Validité de spécifications techniques imposant un dispositif innovant d'intérêt général n'ayant pas pour objet de favoriser une entreprise).

CAA Nantes, 28 mars 2013, SAS Guèble, req. n° 11NTO3159 (Validité de l'obligation d'imposer un matériau dans un souci d'harmonisation architecturale, compte tenu de sa large disponibilité).

CAA Bordeaux, 14 février 2013, Société Index Éducation, req. n° 11BX01785 (Validité de l'obligation d'utilisation d'une marque nécessaire pour l'utilisation des applications métiers déjà installées et des interfaces correspondantes).

CE 30 septembre 2011, Région Picardie, req. n° 350431 (Obligation pour le juge d'examiner si la spécification technique en cause a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle - Marché de prestations de services informatiques).

d'adaptation et de modification d'un logiciel librement et gratuitement accessible et modifiable par des entreprises spécialisées - Absence d'atteinte à la concurrence et possibilité pour toutes les sociétés spécialisées de développer leurs propres solutions techniques).

CE 11 septembre 2006, Commune de Saran, req. n° 257545 (Illégalité de l'obligation de respecter des fiches produits correspondant à des produits spécifiques, mais anonymisés).

Conseils pratiques

À éviter

- Viser un dispositif particulier ou une marque sans la mention « ou équivalent ».
- Insérer des extraits anonymisés de fiches produits dans les cahiers des charges.

Recommandations

- Procéder à une relecture de cohérence par une seule et même personne pour s'assurer de la régularité des spécifications techniques.
- Rappeler régulièrement le principe de neutralité pour la rédaction des CCTP au regard du risque administratif, mais surtout pénal lors que la spécification en cause a bien pour objet de favoriser une entreprise.
- Dans le cas d'une spécification particulière, justifier avec précision les motifs d'intérêt général induisant la référence à un dispositif particulier.

Article 9

Sauf cas dûment justifié, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.

Commentaires

Prise en compte obligatoire de l'accessibilité et la fonctionnalité - L'article 9 du décret renforce l'obligation de prise en compte de l'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalités pour les utilisateurs. Il n'est en principe plus possible d'y déroger « sauf cas dûment justifiés ».

L'adaptation des critères d'attribution aux critères d'utilisation s'avère probablement nécessaire afin que les opérateurs économiques puissent également préciser leurs intentions dans ce domaine.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 38.

Référentiel général d'accessibilité pour les administrations (RGAA) approuvé par arrêté du 29 avril 2015 - NOR : PRMJ1429508A - HTtp://references.modernisation.gouv.fr/rgaa-accessibilite.

Conseils pratiques

À éviter

- Omettre dans la rédaction des cahiers des charges la dimension accessibilité et fonctionnalité pour les usagers.

Recommandations

- Prendre en compte l'adoption des schémas directeurs d'accessibilité et des agendas d'adaptabilité programmée.
- Établir un critère spécifique au regard des prescriptions nouvelles de l'article 9 du décret pour permettre le jugement des offres.

Section 4 : Labels

Article 10

I. - Lorsque l'acheteur souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, il peut, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché public, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, à condition que l'ensemble des conditions suivantes soient respectées :

1° Les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché public ;

2° Les exigences en matière de label sont fondées sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires ;

3° Le label est établi par une procédure ouverte et transparente ;

4° Le label et ses spécifications détaillées sont accessibles à toute personne intéressée ;

5° Les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

Lorsque l'acheteur n'exige pas que les travaux, fournitures ou services remplissent toutes les exigences en matière de label, il indique celles qui sont exigées.

L'acheteur qui exige un label particulier accepte tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes en matière de label.

Lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, l'acheteur accepte d'autres moyens de preuve appropriés tels que, par exemple, un dossier technique du fabricant, pour autant que l'opérateur économique concerné établisse que les travaux, fournitures ou services qu'il doit fournir satisfont aux exigences concernant le label particulier ou aux exigences particulières indiquées par l'acheteur.

II. - Au sens du présent article, un label est tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures concernés par la délivrance de ce label remplissent certaines exigences.

Les exigences en matière de label sont les exigences que doivent remplir les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures en question pour obtenir le label concerné.

III. - Lorsqu'un label remplit les conditions prévues aux 2° à 5° du I mais fixe aussi des exigences qui ne sont pas liées à l'objet du marché public, l'acheteur n'exige pas ce label mais il peut définir la spécification technique par référence aux spécifications détaillées de ce label ou, si besoin est, aux parties de celles-ci qui sont liées à l'objet du marché public et sont propres à définir les caractéristiques de cet objet.

Commentaires

Exigence d'un label - Au regard du souhait d'une meilleure prise en compte des objectifs de développement durable, mais également plus largement que le texte de l'ancien Code des marchés publics ne le permettait avec la mention des seuls « écolabels », des labels particuliers peuvent être exigés au titre des spécifications techniques d'un marché sous réserve des

conditions énumérées à l'article 10 relatives au lien avec l'objet du marché, du caractère évidemment non discriminatoire de l'exigence, de l'ouverture du label et de sa détermination par un tiers et d'acceptation de tout label pouvant être considéré comme équivalent. Il est également possible de faire référence aux exigences imposées par un label, sans nécessairement exiger que les opérateurs économiques en bénéficient.

Il s'agit ici d'une évolution importante de la commande publique, en lien avec l'évolution du droit européen (art. 43 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014) qui, pendant longtemps, a limité les possibilités de se référer à des labels déterminés pour définir les spécifications (CJUE, 10 mai 2012, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-368/10 tout au moins en raison de l'absence de clarté constatée et du caractère équivoque des critères de durabilité et de responsabilité sociale).

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 38.

Site sur les écolabels et la marque NF Environnement : [HTtp://www.ecolabels.fr/fr/espace-professionnels/acheteurs-les-ecolabels](http://www.ecolabels.fr/fr/espace-professionnels/acheteurs-les-ecolabels)

Jurisprudence

CJUE, 10 mai 2012, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-368/10 (Prise en compte de spécifications techniques et d'un critère lié à des écolabels - Caractère trop indéterminé du critère « de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises » pour l'achat de machines à café).

Conseils pratiques

À éviter

- Fixer une liste limitative de labels et sans rapport direct avec l'objet du marché, qui peut manquer de clarté et de caractère non équivoque au point de ne pouvoir en faire des critères d'appréciation.
- Éliminer des concurrents ne disposant pas d'un label sans analyse sérieuse des niveaux d'équivalence proposés.

Recommandations

- Connaître avec précision des labels et écolabels pouvant exister dans le domaine objet de la consultation.
- Préciser que les labels équivalents sont bien entendus autorisés, sous réserve de démonstration du niveau d'exigence souhaité.

Section 5 : Rapport d'essai, certification et autres moyens de preuve

Article 11

L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques fournissent, au titre de moyen de preuve de la conformité aux spécifications techniques, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution du marché public, un rapport d'essai d'un organisme d'évaluation de la conformité accrédité, conformément au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 susvisé ou un certificat délivré par un tel organisme. Lorsqu'il exige un certificat établi par un organisme d'évaluation particulier, il accepte un certificat établi par un organisme équivalent. Lorsqu'un opérateur économique n'a pas accès aux certificats ou aux rapports d'essai mentionnés à l'alinéa précédent ni la possibilité de les

obtenir dans les délais fixés par l'acheteur, ce dernier accepte d'autres moyens de preuve appropriés.

Commentaires

Rapport d'essais et agréments techniques - Comme évoqué dans le cadre des preuves pouvant être nécessaires d'apporter pour démontrer la conformité d'une offre, l'intervention de laboratoires indépendants peut être imposée par les acheteurs publics afin de garantir la réalité des éléments techniques d'appréciation. L'organisme certificateur ou laboratoire d'analyse indépendant doit répondre aux exigences de qualification et d'indépendance requises par la réglementation européenne et nationale. En outre, ces documents peuvent devoir être produits en langue française, voire, en cas de « raison impérieuse d'intérêt général », avec une traduction certifiée (art. 51 et 52 du décret).

Références

Textes

Règlement CE n° 765/2008 du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits.

Jurisprudence

TA Montpellier, 10 août 2015, Connect Sytee, req. n° 1504215 (Insuffisance de production de certificats de conformité à la norme européenne en langue étrangère, contrairement au règlement de consultation imposant la production d'un certificat de conformité à une norme précise, rédigé en langue française, établi par un laboratoire indépendant sur la base d'essais de conformité).

Conseils pratiques

Recommandations

- Vérifier la réalité des équivalences d'accréditation pouvant exister compte tenu de la diversité d'agréments et d'organismes.
- Exiger des entreprises concernées des compléments de preuve en cas de doute, tant pour garantir l'acheteur que pour respecter le principe d'égalité de traitement des concurrents bénéficiant, avec le coût que cela induit, des agréments techniques réguliers.

Chapitre II : Allotissement

Article 12

I. - L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix :

1° Dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article 105, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ;
2° Parmi les informations qu'il conserve en application de l'article 106, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice.

II. - L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public répondant à un besoin dont la valeur est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou un marché public relevant des articles 28 et 29 motive ce choix dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application de l'article 108.

III. - L'acheteur indique dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots

qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

Commentaires

Justifications de la mise en œuvre de l'obligation d'allotissement - En application de l'article 32 de l'ordonnance, tous les acheteurs doivent motiver les conditions de respect de l'obligation d'allotissement ou la décision de ne pas y recourir sous réserve du respect des motifs d'exclusion. Selon que la procédure est formalisée ou non, et que l'acheteur est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, la motivation devra apparaître dans le dossier de consultation (ou le rapport de présentation, pour du moins les acheteurs soumis à cette obligation) ou simplement conservés. Ces distinctions procédurales n'ont finalement que peu de portée au regard de la justification devant être apportée au juge en cas de contestation du choix opéré sur l'allotissement, que ces éléments soient ou non mentionnés dans le dossier de consultation.

Irrégularité de l'obligation de réponse à tous les lots - Il est désormais reconnu comme irrégulier, au regard des principes de libre accès à la commande publique et surtout au regard de l'obligation d'allotir (CE 1^{er} juin 2011, Société KONE, req. n° 346405), d'imposer que les candidats répondent à tous les lots (souvent d'une technicité totalement différente puisque relevant en principe de prestations distinctes).

Limitation du nombre de lots pouvant être attribués - Par contre, après de longues années de pratiques incertaines, le juge administratif a eu l'occasion de consacrer la possibilité de limiter le nombre de lots pouvant être attribués à un même opérateur économique, sous réserve d'en préciser les modalités dans les documents de consultation (CE 20 février 2013, Société Laboratoire Biomnis, req. n° 363656). L'article 46 de la directive « Marchés » consacrant également cette technique, l'article 12 du décret fixe cette pratique dont les contours doivent néanmoins être précisément organisés par le règlement de consultation.

Références

Textes

CMP 2006, art. 10.

Ord. 23 juillet 2015, art. 32.

DAJ, fiche technique « Allotissement et contrats globaux », [HTtp://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-et-contrats-globaux-2016.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-et-contrats-globaux-2016.pdf)

Jurisprudence

CE 20 février 2013, Société Laboratoire Biomnis, req. n° 363656 (Possibilité de limiter le nombre de lots pouvant être attribués).

CE 1^{er} juin 2011, Société KONE, req. n° 346405 (Interdiction d'imposer une réponse à tous les lots).

Conseils pratiques

À éviter

- Tirer au sort (cela est interdit de longue date).
- Manquer de précision sur les règles d'application concernant les conditions d'attribution des lots.
- Omettre de demander aux opérateurs économiques l'ordre de préférence d'attribution éventuelle des lots pouvant leur être confiés.

Recommandations

- Justifier par des motifs sérieux, liés à l'objet ou aux conditions d'exécution du marché, la limitation du nombre de lots dans la mesure où elle

constitue une restriction à la liberté d'accès à la commande publique et où elle peut conduire à ne pas attribuer un lot au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

- Indiquer que les candidats ne peuvent présenter une offre que pour un lot ou un nombre déterminé de lots.
- Autoriser les candidats à présenter une offre pour tous les lots de la consultation en précisant, dans l'avis de marché et le règlement de la consultation, qu'un candidat ne pourra se voir attribuer, au final, qu'un seul lot ou un nombre déterminé de lots.
- Préciser dans le règlement de consultation les modalités d'attribution des lots pour éviter un choix d'attribution arbitraire ou discrétionnaire.

Chapitre III : Marchés publics réservés

Article 13

Lorsque l'acheteur réserve un marché public ou des lots d'un marché public aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés en application de l'article 36 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, les documents de la consultation renvoient au I ou au II de ce même article.

La proportion minimale mentionnée aux I et II de l'article 36 susmentionné est fixée à 50 %.

Commentaires

Seuil minimal réglementaire pour les marchés réservés aux entreprises adaptées et d'insertion par l'activité économique (IAE) - À condition de l'avoir mentionné dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation en l'absence d'un tel avis, les marchés réservés peuvent s'appliquer aux entreprises dont le seuil minimal d'emploi de personnel handicapé ou défavorisé est au moins de 50 %. Il s'agit d'entreprises relevant de la réglementation pour l'insertion par l'activité économique (IAE), répondant aux exigences des dispositions de l'article L. 5132 -4 du Code du travail. Étant précisé que cette part réservée n'est pas nécessairement considérée comme bienvenue pour les entreprises du secteur qui lui préfèrent les clauses sociales évitant le développement d'un « marché du travail parallèle de moindre qualité offrant de faibles possibilités de montée en compétences au risque d'enfermer les salariés dans un secteur déclassé » (avis des réseaux d'insertion par l'activité économique et du handicap au projet d'ordonnance de transposition de la directive 2014/24/UE Marchés).

Références

Textes

CMP 2006, art. 15.

Ord. 23 juillet 2015, art. 36.

Article 14

Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre la réservation prévue à l'article 37 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, les documents de la consultation renvoient à cet article.

Commentaires

Mention de la réservation aux entreprises de l'économie sociale et solidaire (ESS) - Logiquement, si des marchés sont réservés à des entreprises de l'économie sociale et solidaire, l'avis d'appel à la concurrence ou les documents de consultation en l'absence d'un tel avis doivent le mentionner.

Parmi les marchés publics de services sociaux et services spécifiques, les services pouvant faire l'objet d'une part réservée sont listés dans le paragraphe III de l'avis pris en application de l'article 28 du décret et concernent les catégories suivantes :

- les services sanitaires, sociaux et connexes ;
- les services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé ;
- les autres services communautaires, sociaux et personnels.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 37.

Liste des services : avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques - NOR : E1NM1608208V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Chapitre IV : Contenu du marché public

Section 1 : Caractère écrit

Article 15

Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont conclus par écrit.

Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge.

Commentaires

Éléments constitutifs minimaux du marché - Les marchés publics sont par principe des documents devant contenir un certain nombre de dispositions.

Forme écrite du marché - La forme écrite du contrat n'est pas requise dans tous les cas, notamment au regard du montant des commandes. Seules les commandes inférieures à 25 000 € HT peuvent être dispensées d'un écrit, ce qui en pratique n'arrive presque jamais, compte tenu des obli-

gations comptables de formalisation d'une commande. Cela étant, des commandes verbales peuvent être parfaitement légales en dessous de ce seuil, ou l'acceptation de simple devis, de sorte que la présentation des factures des prestations puisse être honorée. Le juge a d'ailleurs reconnu qu'un simple échange de mails pouvait suffire à cristalliser une commande (CAA Nantes, Centre hospitalier de Bourges, 22 décembre 2015, n° 14NT00289).

Contenu minimal des pièces constitutives - Même en cas de forme très simplifiée, et au-delà du seuil des 25 000 € HT, tous les marchés doivent contenir des clauses relatives à la durée, au prix et la désignation du comptable assignataire lorsque l'acheteur relève des règles de comptabilité publique : pour autant, cette précision, qui figurait dans la version du texte issue de l'avis du Conseil d'État, a été supprimée dans la version définitive du décret.

CCAG et CCTG - Les quatre anciens CCAG ont été réformés et complétés par un cinquième cahier concernant les technologies de l'information et de la communication.

- CCAG applicable aux marchés de fournitures courantes et de services, approuvé par l'arrêté du 19 janvier 2009 (NOR : ECEM0816423A), publié le 19 mars 2009 entré en vigueur dès sa publication au Journal officiel.
- CCAG applicable aux marchés publics de travaux, approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009 (NOR : ECEM0916617A) et son rectificatif publié le 1^{er} octobre 2009 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.
- CCAG applicable aux marchés publics de prestations intellectuelles, approuvé par l'arrêté du 16 septembre 2009 (NOR : ECEM0912503A), publié le 16 octobre 2009 entré en vigueur le 16 novembre 2009.
- CCAG applicable aux marchés publics industriels, approuvé par l'arrêté du 16 septembre 2009 (NOR : ECEM0908897A), publié le 16 octobre 2009 entré en vigueur le 16 novembre 2009.
- CCAG applicable aux marchés publics de technologies de l'information et de la communication, approuvé par l'arrêté du 16 septembre 2009 (NOR : ECEM0912514A), publié le 16 octobre 2009 entré en vigueur le 16 novembre 2009.

Références

Textes

CMP 2006, art. 11, 12 et 13.

Ord. 23 juillet 2015, art. 39 - Définition de la durée des marchés et des natures de prix.

Arrêté du 30 mai 2012 (NOR : EFIM1221961A) relatif à la composition du cahier des clauses techniques générales applicables aux marchés publics de travaux de génie civil.

CCAG marchés industriels, prestations intellectuelles, techniques de l'information et de la communication (MI, PI, TIC) commenté, N. Charrel, Ed. Le Moniteur.

CCAG travaux, commenté et annoté, N. Charrel, Ed. Le Moniteur.

CCAG fournitures courantes et services (FCS) commenté, M. Barbari, Ed. Le Moniteur.

Jurisprudence

CAA Nantes, 22 décembre 2015, Centre hospitalier de Bourges, n° 14NT00289 (Un échange de mails peut suffire à former un marché en dessous du seuil d'écrit obligatoire).

Conseils pratiques

Recommandations

- Viser un CCAG, même pour des marchés de petits montants, compte tenu de l'existence de clauses permettant de régler les litiges et définissant un minimum de garanties pour les deux parties.
 - Dresser la liste précise des dérogations aux CCAG dans les CCAP des marchés publics au risque de leur inopposabilité.
-

Section 2 : Durée

Article 16

I. - Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

II. - Un marché public peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché public est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

Commentaires

Durée du marché et principes fondamentaux de la commande publique - En application de l'article 39 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, pour concilier les principes d'égal accès à la commande publique, d'efficacité et de bonne utilisation des deniers publics, la durée du marché doit obéir à la rationalité économique voulant que plus l'investissement nécessaire à la réalisation des prestations objet du marché est important, plus sa durée peut s'en trouver augmentée. Au demeurant, la durée du marché public doit être fixée selon les besoins de l'acheteur, en fonction de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique (CE 10 octobre 2012, Commune de Baie Mahault, req. n° 340647). Si, malgré tout, la durée des marchés publics reste librement fixée par les acheteurs au regard de ces principes directeurs, certaines durées peuvent être limitées par la voie réglementaire, notamment pour les accords-cadres.

Durée et tacite reconduction - Pendant longtemps, la reconduction tacite était considérée comme irrégulière en raison de la nécessité d'une remise en concurrence périodique (CE 29 novembre 2000, Commune de Païta, req. n° 205143). L'article 5 du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 avait expressément autorisé la reconduction tacite, à condition toutefois que la durée en reste in fine limitée dans la consultation (CAA Bordeaux, 15 juillet 2009, Syndicat mixte de la Coopération du Sud, req. n° 08BX00050).

Durée et reconduction expresse - À l'inverse, lorsque l'acheteur public décide de reconduire expressément un marché en application d'une clause de reconduction, la jurisprudence administrative considère qu'il s'agit d'une simple décision de poursuivre l'exécution du contrat initial ne faisant pas naître un nouveau marché (CE 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, req. n° 264712).

Opportunité du choix du mode de reconduction - L'existence de la notion expresse de tacite reconduction permet d'envisager la reconduction de manière souple et librement déterminée par les acheteurs en fonction de la nature du marché et la gestion du besoin qu'il doit satisfaire. En effet, il est nécessaire de maintenir la possibilité aux acheteurs publics de prévoir la reconduction sans s'enfermer dans un formalisme particulier, puisqu'en l'absence de stipulation expresse contraire, la reconduction prévue au marché sera réputée tacite, celle-ci s'imposant de surcroît au cocontractant.

Incidence de la non-reconduction - En principe, la décision de non-reconduction n'ouvre pas droit à indemnité au cocontractant (CAA Versailles, 18 octobre 2012, Société Altair Sécurité, req. n° 10VE03167).

Références

Textes

CMP 2006, art. 16.

Ord. 23 juillet 2015, art. 39.

Jurisprudence

CE 10 octobre 2012, Commune de Baie Mahault, req. n° 340647 (Obligation de déterminer une durée maximale dans un marché public selon les besoins de la personne publique et en fonction de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique).

CAA Versailles, 18 octobre 2012, Société Altair Sécurité, req. n° 10VE03167 (Impossibilité pour le titulaire du marché de demander l'indemnisation ou de rechercher la responsabilité de l'État en cas de non reconduction du contrat).

CAA Bordeaux, 15 juillet 2009, Syndicat mixte de la Coopération du Sud, req. n° 08BX00050 (Nullité d'un marché public conclu comprenant une clause de tacite reconduction et ne prévoyant pas le nombre de reconductions - Violation du principe de remise en concurrence périodique du contrat).

Conseils pratiques

À éviter

- Reconduire tardivement les marchés à reconduction expresse en notifiant hors délai des décisions de reconduction.
- Oublier la clause de préavis maximum en cas de reconduction tacite, le contrat s'en trouvant reconduit de plein droit pour une nouvelle période contractuelle devant être indemnisée à l'opérateur en cas d'interruption des prestations à l'initiative de l'acheteur.

Recommandations

- Clauses de reconduction expresse : prévoir les modalités, les délais de notification de la décision de reconduction, la période de reconduction (qui peut ne pas être qu'annuelle).
- Clause de reconduction tacite : prévoir le délai de non-reconduction expresse.

Section 3 : Prix

Article 17

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché public sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés publics notamment aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production. Sous réserve des dispositions de l'article 18, les marchés publics peuvent prévoir des clauses de variation des prix.

Commentaires

Caractère fondamental du prix - Le prix est fondamental dans les marchés publics. Non seulement il a un caractère déterminé ou déterminable et un caractère irrévocable, mais encore il constitue la cause du contrat pour l'entreprise titulaire du marché. Par ailleurs, le prix joue un rôle essentiel dans la procédure de formation des marchés publics. Il est également un élément primordial de l'engagement effectif de l'acheteur : celui-ci doit s'assurer avant de conclure un marché qu'il sera en mesure de payer les prestations qui font l'objet de ce marché (mise en réserve des crédits nécessaires au règlement du prix). Il constitue enfin une des mentions substantielles du marché puisqu'il doit impérativement figurer dans une des pièces constitutives du marché.

Le prix peut être forfaitaire, unitaire et même consister en une combinaison

entre ces deux formes de prix, pouvant aussi conduire à ce que le marché soit en partie à bons de commande (CE 29 octobre 2010, SMAROV, req. n° 340212).

Prix forfaitaire - La rémunération au forfait comprend toutes les prestations nécessaires à l'exécution du marché, quelles que soient les quantités réellement mises en œuvre ; elle est déclinée dans une décomposition des prix globaux et forfaitaire (DPGF). Compte tenu de l'ampleur de l'évolution des prestations qui peut en découler, des contestations naissent régulièrement sur le contenu de ce forfait qui ne doit pas masquer une indétermination des besoins que le pouvoir adjudicateur fait évoluer au fur et à mesure de l'exécution des prestations. Ce sera notamment le cas dans des hypothèses de modifications de programme ou d'augmentation des prestations demandées pouvant impacter l'exécution des marchés de maîtrise d'œuvre (CE 29 septembre 2010, Société Babel, req. n° 319481). En outre, l'existence de sujétions techniques imprévues peut conduire le juge à reconnaître un droit à indemnisation du titulaire d'un marché à prix forfaitaire y compris d'ailleurs au bénéfice des sous-traitants (CE 1^{er} juillet 2015, Régie des eaux du canal de Belletrud, req. n° 383613). De même, seules les fautes de l'acheteur peuvent ouvrir droit à indemnisation (CE 5 juin 2013, Région Haute-Normandie, req. n° 352917).

Prix unitaire - Au contraire du prix forfaitaire, la rémunération par prix unitaire correspond davantage à des marchés dont il est difficile de cerner les quantités qui seront réellement exécutées ; elle est déclinée à travers un détail quantitatif estimatif (DQE) doublé d'un bordereau des prix unitaires (BPU). Compte tenu du caractère non totalement figé du prix réel de règlement au moment de la passation du marché, les clauses contractuelles doivent impérativement déterminer les conditions de contrôle de l'exécution des prestations par rapport au montant contractuel initial.

Possibilité de prévoir des clauses incitatives - L'article 17 ouvre également la possibilité de prévoir des clauses dites incitatives de nature à renforcer la qualité dans l'exécution d'un marché public. Ces clauses peuvent conduire à un intéressement financier, notamment en cas d'amélioration de certains indicateurs (intéressement sur l'amélioration des délais, sur les gains financiers pour le pouvoir adjudicateur ou clause de « success fees », sur des niveaux de performances techniques). L'utilisation de la technique contractuelle des clauses d'intéressement permet ainsi d'optimiser les prestations attendues et s'inscrit dans une démarche de risque partagé avec les entreprises, en sortant d'une conception fondée uniquement sur la culture de la pénalité pour, au contraire, promouvoir les gains pouvant être réalisés à l'occasion de l'exécution du marché. La finalisation de ce type de clause s'opère le plus souvent dans des procédures négociées ou lors de discussions sur le contenu d'avenants à un marché dans lequel un certain nombre d'inexécution doivent conduire à redéfinir les seuils de déclenchement de pénalités et d'intéressement.

Prix et périmètres des prestations - Au regard de la réduction des marges bénéficiaires des entreprises et du contexte de crise financière, les litiges liés aux périmètres des prestations et travaux ont considérablement augmenté. Il sera au demeurant extrêmement délicat de conclure des avenants dont les montants se trouvent désormais plafonnés, notamment à des taux de 10 % pour les marchés de fournitures et de services et 15 % pour les marchés de travaux (voir *infra*, art. 139 et 140). Il peut donc être opportun des déterminer, dans le contrat d'origine, des modalités de rémunération supplémentaires en fonction de certains événements pouvant justifier des prestations supplémentaires non comprises dans le contenu initial des prix et correspondant à une juste rémunération des moyens humains et matériels des prestations et ouvrages réalisés.

Références

Textes

CMP 2006, art. 17.

Ord. 23 juillet 2015, art. 39.

Jurisprudence

CE 1^{er} juillet 2015, Régie des eaux du canal de Belletrud, req. n° 383613 (Reconnaissance du principe d'indemnisation au profit de sous-traitant d'un marché de travaux à forfait en cas de sujétions techniques imprévues ayant bouleversé l'économie générale du contrat - Le seuil du bouleversement de l'économie générale doit se faire au regard du montant total du marché et non pas au regard du montant du marché sous-traité - Un montant représentant 11,3 % du montant total du marché ne constitue pas un bouleversement indemnisable).

CE 5 juin 2013, Région Haute-Normandie, req. n° 352917 (Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique - Rejet des demandes indemnitaires fondées sur la faute des autres intervenants à l'acte de construire).

CE 29 octobre 2010, SMAROV, req. n° 340212 (Absence d'interdiction d'inclure dans un marché unique des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations forfaitaires dès lors que les deux types de prestations sont clairement distingués et que les articles régissant chaque catégorie sont respectés).

CE 29 septembre 2010, Société Babel, req. n° 319481 (En cas de marché à forfait, la justification de l'augmentation de rémunération est uniquement liée à une modification de programme ou de prestation demandée par le maître d'ouvrage, y compris en cas d'augmentation de la durée d'exécution qui, elle, ne donne pas droit à rémunération complémentaire).

Conseils pratiques

Recommandations

- Prévoir des forfaits bien délimités pour limiter les litiges ; cela renvoie d'ailleurs à la bonne définition des besoins.
- Prévoir des prix adaptés à la nature des prestations et notamment des prix unitaires lorsque l'étendue des prestations ne peut être délimitée notamment en quantité et intensité au moment du lancement de la consultation.
- Promouvoir les clauses d'intéressement à caractère incitatif plutôt que des pénalités trop importantes parfois inapplicables et finalement démobilisantes pour les entreprises à partir d'un certain seuil.

Article 18

I. - Les dispositions du présent article s'appliquent à l'État, à ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, aux collectivités territoriales, à leurs établissements publics et à leurs groupements.

II. - Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché public est conclu à prix définitif.

III. - Un prix définitif peut être ferme ou révisable.

IV. - Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché public. Toutefois, il est actualisable dans les conditions définies ci-dessous. Un marché public est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Lorsqu'un marché public est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment :

1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date

de début d'exécution des prestations ;

2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché public est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, il peut prévoir que son prix pourra être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus.

Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.

Dans les marchés publics à tranches, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées par les troisième à sixième alinéas du présent IV. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche.

Pour l'application de ces dispositions, sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché public.

V. - Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous.

Lorsque le prix est révisable, le marché public fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;

2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;

3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.

VI. - Les marchés publics d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément au V.

Toutefois, les marchés publics de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession.

Commentaires

Variation des prix – Pour tenir compte des évolutions économiques durant l'exécution d'un marché, les prix sont fermes actualisables, ou, lorsque les aléas économiques peuvent être plus importants, les prix peuvent être variables selon des formules de révision. Les modalités de mise en œuvre de ces évolutions sont précisées réglementairement. Étant indiqué d'ores et déjà que le Conseil d'État a considéré que le maintien de parties fixes dans les formules de révision pouvait être irrégulier, en cas de présence dans le marché d'une partie importante de fournitures soumis aux fluctuations des cours mondiaux (CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803). De plus, comme le faisait le Code des marchés publics, le décret impose, pour les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, l'insertion d'une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours.

Références

Textes

CMP 2006, art. 17 et 18.

Ord. 23 juillet 2015, art. 39.

Instruction du 25 janvier 2005 relative à la prise en compte des évolutions des coûts dans la fixation des prix des marchés publics de bâtiment et de génie civil, JO du 4 février 2005, page 1871.

Jurisprudence

CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803 (Caractère obligatoire de la révision sans partie fixe pour un marché de transport public d'une durée supérieure à 3 mois et comportant une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux).

CE 15 février 2013, Société SFR, req. n° 363854 (Marché à bons de commande sans minimum ni maximum ayant pour objet la fourniture de télécommunications - Possibilité de déterminer les prix selon un catalogue tarifaire et de convenir d'un ajustement de ces derniers en cas d'encadrement par un mécanisme de limitation de l'augmentation du prix).

Conseils pratiques

À éviter

- Appliquer des indices statistiques (BT 01 ou TP 01) au lieu des indices spécialisés.

Recommandations

- Rédiger avec attention les clauses relatives au prix, et surtout les modalités d'actualisation ou de révision, pour permettre une évolution du prix de règlement en correspondance avec les coûts réels supportés par les entreprises.
- Se référer aux indices correspondants aux corps de métiers des prestations objet de chaque lot.

Article 19

I. - Il est possible de conclure des marchés publics à prix provisoires.

II. - Pour l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, le marché public ne peut être conclu à prix provisoires que dans les cas suivants :

1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché public doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;

2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché public antérieur ne sont pas encore connus ;

3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché public à tranches 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 ;

4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés publics antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché public à prix définitif.

III. - Les marchés publics conclus à prix provisoires précisent :

1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé ;

2° L'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé ;

3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;
4° Les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.
IV. - Pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, les marchés publics de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément au décret du 29 novembre 1993 susvisé.

Commentaires

Conditions d'utilisation des prix provisoires, les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'État, ses EPA, les collectivités territoriales et leurs établissements - Certaines commandes ne peuvent s'effectuer dans le cadre très rigide des marchés à forfait ou prix unitaires compte tenu d'une part importante d'indétermination, comblée avec les premières phases d'exécution du marché (marchés de maîtrise d'œuvre, notamment en cas de réhabilitation, partenariats d'innovation, enquête de coût de revient sur les premières tranches du marché...). L'article 19 énumère la liste limitative et d'interprétation stricte des cas dans lesquels l'utilisation des prix provisoires est autorisée pour certains pouvoirs adjudicateurs.

Les marchés de maîtrise d'œuvre relevant du champ d'application de la loi « MOP » du 12 juillet 1985 restent, par nature, des marchés à prix provisoires jusqu'à la fixation du coût prévisionnel définitif à l'issue des études d'avant-projet. Pour autant, l'avenant à conclure pour le passage du prix provisoire au prix définitif a été considéré comme devant respecter la portée générale des dispositions de l'article 20 de l'ancien Code des marchés publics, à savoir ne pas bouleverser l'économie générale du marché, sauf sujétions techniques imprévues (TA Paris, 6 janvier 2012, Préfet de la Région Île-de-France, req. n° 1111213 ; CAA Paris, 25 février 2013, Ville de Paris, req. n° 12PA00638). Les nouvelles dispositions de l'article 139-1^{er} du décret permettront probablement d'intégrer les modifications de rémunération dans les prévisions du contrat.

Enfin, la réglementation a longtemps prévu que, par nature, ces marchés pouvaient être conclus en procédure négociée. Les cas d'ouverture de la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs, sans viser spécifiquement les marchés à prix provisoires, permettent néanmoins de les inclure dans le périmètre des procédures négociées, compte tenu des négociations indispensables sur la portée des prix provisoires.

Références

Textes

CMP 2006, art. 19.
Ord. 23 juillet 2015, art. 39.

Jurisprudence

CE 10 février 2014, Communauté d'agglomération de Tours, req. n° 367821 (Conditions d'établissement du prix définitif d'un marché de maîtrise d'œuvre).

Conseils pratiques

Recommandations

- Conclure des marchés à prix provisoires surtout si, par nature, ils sont reconnus comme tels, notamment pour les marchés de maîtrise d'œuvre, et limiter ainsi les incidences du plafonnement des avenants pour les marchés de services en application de l'article 139.
- Négocier précisément le champ d'application des prix provisoires et préciser les modalités de détermination des prix définitifs.

Titre III : PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Chapitre I^{er} : Opérations préalables au lancement de la procédure de passation

Section 1 : Calcul de la valeur estimée du besoin

Article 20

La valeur estimée du besoin est calculée sur la base du montant total hors taxe du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les reconductions. Lorsque l'acheteur prévoit des primes au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour ce calcul.

Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés publics passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte. Toutefois, lorsqu'une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés publics ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question.

L'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent décret en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles prévues ci-après.

Commentaires

Niveau pertinent d'appréciation des besoins - L'appréciation de l'opération se fait au niveau du montant total, primes comprises, hors taxes, du marché à conclure par un acheteur public, celui-ci pouvant toutefois être composé d'unités territoriales distinctes qui doivent dès lors être globalement considérées, sauf en cas d'autonomie consacrée sur ses marchés ou partie d'entre eux.

L'article 20 rappelle l'interdiction de fractionnement (« saucissonnage ») des besoins afin d'échapper aux seuils de publicité.

Conseils pratiques

À éviter

- Fractionner artificiellement (« saucissonner ») le niveau pertinent de définition des besoins au risque d'irrégularité de la procédure.
- Omettre de calculer les primes notamment en cas de remise de prestations pour déterminer les seuils de publicité.

Recommandations

- Prévoir des unités territoriales autonomes des pouvoirs adjudicateurs (surtout suite à la mise en place de la réforme territoriale pour les régions et les métropoles) pour certains achats, afin de limiter les effets pervers de gestion de marchés trop importants pour gérer le flux des besoins quotidiens nécessaires aux missions.

Article 21

I. - La valeur estimée du besoin est déterminée dans les conditions suivantes, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés publics à passer :

1° En ce qui concerne les marchés publics de travaux, sont prises en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique ;

2° En ce qui concerne les marchés publics de fournitures ou de services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

II. - Pour les marchés publics de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, la valeur estimée mentionnée au I est calculée sur la base :

1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché public ;

2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché public.

III. - Pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

IV. - Pour les partenariats d'innovation, la valeur à prendre en compte est la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat ainsi que la valeur totale estimée des fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée.

Commentaires

Notion d'opération de travaux - En matière de travaux, c'est « l'opération » qui est l'ensemble cohérent permettant d'apprécier le seuil qui déterminera la procédure de passation applicable. À ce titre, l'article 21 précise qu'en ce qui concerne les travaux est prise en compte la valeur globale de ceux-ci se rapportant à une opération. Si l'ancienne réglementation précisait que la notion pouvait porter « sur un ou plusieurs ouvrages » (CE 8 février 1999, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine, req. n° 156333 : notion de même opération concernant des travaux d'étanchéité portant sur plusieurs châteaux d'eau), le Code des marchés publics 2006 a précisé les contours de la notion d'opération de travaux dans des termes repris dans le décret 2016 : décision « de mettre en œuvre dans une période de temps et un périmètre limités un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique ». Cette définition est évidemment soumise à l'appréciation souveraine des tribunaux en fonction de chaque cas d'espèce.

La notion d'opération recouvre un ensemble homogène de travaux ou services ayant le même but ou la même fonction. Son montant est constitué par le prix total de ces travaux. Ainsi, une même opération peut donner lieu à un ou plusieurs marchés publics, voire à un ou plusieurs appels d'offres, de même qu'elle peut faire intervenir pour sa réalisation une ou plusieurs

entreprises. Elle n'en constitue pas moins le critère incontournable de respect des seuils.

Difficultés d'appréciation de la notion d'unité fonctionnelle ou de caractéristiques propres pour les marchés de fournitures et de services - Compte tenu des difficultés de détermination des valeurs de référence pour le calcul des seuils de publicité, la doctrine du ministère de l'Économie précise depuis plusieurs années que « pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leur achat selon une typologie cohérente avec leur activité ». La traduction concrète de ce qui vient d'être énoncé passe nécessairement par la mise au point d'une nomenclature interne, véritable cartographie de l'ensemble des achats à venir de la collectivité concernée. Pour la détermination de la notion d'unité fonctionnelle, cette même doctrine précise que « cette notion, qui doit s'apprécier au cas par cas en fonction des prestations attendues, suppose une pluralité de services ou de fournitures concourant à un même objet ». Dans cette hypothèse, l'ensemble des prestations nécessaires à l'élaboration d'un projet, et faisant partie d'un ensemble cohérent, sont prises en compte de manière globale. Si le montant total de cette évaluation est supérieur aux seuils de procédures formalisées, l'acheteur devra s'y conformer. Dans le cas contraire, il pourra recourir aux procédures adaptées.

Enfin, le paragraphe II de l'article 21 induit la prise en compte des « besoins réguliers », dissociés des deux notions de « caractéristiques propres » ou « d'unité fonctionnelle », mentionnées au paragraphe I du même article.

Références communes

Textes

CMP 2006, art. 27.

Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique (reproduit en annexe de ce cahier) - NOR : EINM1608130V - JO du 27 mars 2016.

Jurisprudence

CAA Lyon, 15 mai 2014, Préfet de la Côte-d'Or, req. n° 13LY01309 (Fractionnement irrégulier de plusieurs marchés d'études concourant au même objectif : marchés de recherche d'économie).

CJUE 15 mars 2012, Commission européenne contre Allemagne, aff. C-574/10 (Unicité d'objet entre différents marchés de services conclus en vue de la réalisation d'un projet global de rénovation d'un bâtiment avec les mêmes modalités de rémunération et le même attributaire).

CAA Bordeaux 30 septembre 2010, Région Limousin, req. n° 10BX00118 (La détermination de la procédure de passation applicable peut être fondée sur le montant constaté des recettes publicitaires de l'année précédente et constitue une évaluation sincère et raisonnable du montant estimé du marché).

CAA Marseille 15 mars 2005, Société France Tribunes, req. n° 04MA02665 (Un marché de construction et un projet de marché de location de tribunes d'un complexe sportif doivent être additionnés, mais sans incidence, même en cas de fractionnement artificiel dès lors que le montant total des marchés en cause n'excède pas le seuil européen).

CJCE 5 octobre 2000, aff. C-16/98, Syndicat départemental d'électrification de la Vendée (Travaux de réalisation d'un réseau d'électricité coordonné par un syndicat mixte, relevant de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage syndicats primaires, mais constituant la même opération).

Conseils pratiques

À éviter

- Comptabiliser le montant d'un seul marché compte tenu du risque de fractionnement.

- Avoir une vision trop globalisante des achats, au risque de ne pas répondre correctement également aux besoins des services acheteurs.

Recommandations

- Établir une nomenclature interne en concertation avec les différents services, qui soit opposable pour limiter les risques de fractionnement irrégulier et justifiable en cas de contestation lors de certaines procédures et en cas de contrôle.

Article 22

En cas de marché public alloti, l'acheteur prend en compte la valeur totale estimée de l'ensemble des lots.

Toutefois, alors même que la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut mettre en œuvre une procédure adaptée pour les lots qui remplissent les deux conditions suivantes :

1° La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros HT pour des travaux ;

2° Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Commentaires

Intégration des lots dans le calcul des seuils – Logiquement, en cas d'allotissement de prestations distinctes pour répondre à une même opération (de travaux ou une unité fonctionnelle de service), il est nécessaire de prendre en compte le montant cumulé de tous les lots pour le calcul du seuil de procédure. En cas de procédures séquencées dans le temps (plusieurs consultations se rapportant à la même opération ou au même besoin), les montants doivent également être cumulés.

Prise en compte des petits lots quelles que soient les hypothèses d'occurrence – Les lots considérés comme n'ayant pas un intérêt concurrentiel majeur (« petits lots »), compte tenu du montant se rapportant à leur objet (moins de 80 000 € pour les fournitures et services et moins de 1 M € pour les travaux) peuvent être passés selon une procédure adaptée, même s'ils se rapportent à une même opération.

Toutefois, il faut noter avec attention que si l'ancien article 27 du Code (mais également le projet de décret soumis à concertation en novembre 2015) prévoyait expressément que « cette dérogation peut également s'appliquer à des lots déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure, ainsi qu'à des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial lorsque ces lots satisfont aux conditions fixées par les trois alinéas précédents », le nouveau texte ne le précise plus, et partant, ne limite plus les hypothèses d'utilisation de la procédure adaptée pour les petits lots. Étant entendu que peu importe les motifs pour lesquels une nouvelle consultation est nécessaire (même un besoin nouveau en cours d'opération de travaux par exemple), un petit lot reste d'intérêt concurrentiel moindre, de sorte qu'un appel d'offres pour moins d'un million d'euros de travaux n'a guère de chance d'intéresser des entreprises européennes.

Conseils pratiques

À éviter

- Tenter d'échapper aux seuils de publicité et de mise en concurrence en décalant dans le temps le lancement des procédures se rapportant à la même opération.

Recommandation

- Établir une fiche d'opération intégrant tous les marchés à conclure avec

le planning des procédures à lancer, identifiant au demeurant les « petits lots » pouvant être conclus selon la procédure adaptée.

- Additionner les valeurs pour une opération en co-maîtrise d'ouvrage ou maîtrises d'ouvrage coordonnées pour des travaux relevant certes de compétences distinctes mais sur le même lieu, selon une planification spatiale et temporelle unique.

Article 23

La valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur engage la procédure de passation du marché public.

Commentaires

Date de l'estimation – La date de référence à prendre en compte est celle à laquelle la consultation doit être lancée. Il n'existe pas, pour les procédures les plus complexes, de seuils de tolérance, contrairement aux 20 % admis en procédure de concession.

Section 2 : Évaluation préalable du mode de réalisation du projet d'investissement

Article 24

I. - Le seuil mentionné à l'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, à partir duquel la procédure de passation du marché public doit être précédée d'une évaluation du mode de réalisation du projet, est fixé à 100 millions d'euros HT.

Pour le calcul du seuil fixé à l'alinéa précédent, le montant d'investissement à prendre en compte est constitué de l'ensemble des dépenses effectuées par l'acheteur pour la réalisation du projet.

II. - Cette évaluation comporte :

1° Une présentation générale :

a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique ;

b) De l'acheteur, notamment ses compétences, son statut et ses capacités financières ;

2° Une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet, comprenant :

a) Un cadrage, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat ;

b) Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le cocontractant avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu ;

3° Une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques.

Commentaires

Obligation de réalisation d'une évaluation préalable - Cet article, qui aurait évidemment dû être positionné au chapitre I^{er} du titre II relatif à l'évaluation des besoins, précise le seuil d'application (100 M €) de l'évaluation préalable des projets d'investissement, ainsi que le contenu de l'évaluation. Il s'applique également pour l'évaluation des marchés de partenariat, par renvoi de l'article 147.

Pertinence du choix du seuil - Comme indiqué dans les commentaires de l'article 40 de l'ordonnance, le choix d'un montant, sans rapport avec le montant du budget de l'acheteur et partant de ses capacités de financement et de la soutenabilité financière de son projet, risque de priver d'une nécessaire réflexion des opérations de moindre importance. L'appréciation d'un seuil lié à l'autofinancement d'une opération peut constituer une approche de l'opportunité d'une évaluation préalable. L'éventuelle « lourdeur » d'une telle évaluation ne saurait non plus être la justification du principe d'un tel seuil, le contenu de l'étude pouvant être adapté à l'ampleur du projet. Enfin, la lourdeur prétendue d'une évaluation des modes de réalisation d'un projet a certes un coût, mais pas de prix compte tenu du risque d'errements budgétaires auquel un projet mal bâti peut conduire. L'économie de quelques dizaines de milliers d'euros d'honoraires n'est pas à l'échelle d'un projet de plusieurs millions avant que ne soit atteint le seuil de 100 M €.

Objectif du contenu de l'évaluation préalable - Les différents points devant être examinés dans l'étude à réaliser, et plus particulièrement l'estimation des risques et leur éventuelle valorisation, permettront d'éclairer les acheteurs sur les modes opératoires les plus pertinents à retenir pour la réalisation d'une opération. Ce qui fait apparaître la nécessité d'ouvrir à la généralisation de ce type d'évaluation, notamment au bénéfice des acheteurs et de leurs dirigeants les moins avertis de la complexité de certaines opérations. Pour les projets d'investissements civils financés par l'État, ses établissements publics, les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire, l'article 184 du décret impose de « verser » l'évaluation préalable à l'évaluation socio-économique (ESE) (création d'un article 2-1 au décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics en application de l'article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017) imposant la sécurisation des éléments de l'ESE, et notamment ceux nécessaires à la construction de certains éléments du calcul du taux de rendement interne dès l'évaluation préalable.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 40.

Conseils pratiques

À éviter

- Lancer une opération importante par envie, sans faire procéder à l'évaluation préalable avec les différents éléments devant la composer, compte tenu de la baisse des dotations de l'État et la nécessaire maîtrise globale des coûts et des incidences d'une opération.

Recommandations

- Établir un cadrage minimal de l'opération inférieure à 100 M € mais considérée comme importante pour l'acheteur.

Chapitre II : Choix de la procédure

Section 1 : Procédures formalisées

Sous-section 1 : Procédures formalisées applicables aux pouvoirs adjudicateurs

Article 25

I. - Sous réserve des articles 28 et 29, lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés publics selon l'une des procédures formalisées suivantes :

1° L'appel d'offres ;

2° La procédure concurrentielle avec négociation ;

3° Le dialogue compétitif.

II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif dans les cas suivants :

1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;

2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés.

Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;

3° Lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;

4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;

5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;

6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

Commentaires

Montant des seuils européens et choix des procédures pour les pouvoirs adjudicateurs - En fonction des objets et des montants correspondants, les pouvoirs adjudicateurs ont un choix encadré entre les procédures d'appel d'offres, concurrentielles et de dialogue compétitif, l'appel d'offres étant la règle.

Unicité des motifs de choix entre la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure de dialogue compétitif - Alors que, dans l'ancienne réglementation, les justifications pour

recourir à une procédure négociée avec mise en concurrence (art. 35-I du CMP) ou à un dialogue compétitif (art. 36 du CMP) étaient distinctes, ces deux procédures se trouvent désormais regroupées dans un article unique ouvrant les différentes possibilités justifiant leur utilisation avec des caractéristiques finalement assez communes.

Disparition des marchés spécifiques de communication – Bénéficiant dans le Code des marchés publics 2006 d'un article 68 qui leur était consacré, les marchés publics relatifs à la communication, pour lesquelles les procédures négociées ou de dialogue compétitif étaient prévues, se trouvent désormais rangés dans le droit commun de la commande publique. Ils relèveront probablement assez souvent de ces deux mêmes procédures, si les conditions requises par l'article 25-II sont remplies.

Définition des différents seuils dans les marchés publics – La commande publique contient différents types de seuils qu'il convient de bien identifier sur la base des modes de calcul définis aux articles 20 à 23 :

- les seuils de mise en concurrence : il s'agit des montants qui déterminent la nature de la procédure de mise en concurrence qu'il faut engager (procédure adaptée ou procédure formalisée - articles 25 et 26 / article 27) ;
- le seuil de dispense de mise en concurrence : il s'agit d'un montant en dessous duquel aucune procédure de mise en concurrence ou de publicité n'est requise (actuellement de 25 000 € HT) ;
- les seuils de publicité : ils correspondent également à des montants qui déterminent les caractéristiques de la publicité requise (BOAMP - JOUE, autres supports - articles 33 et 34).

Définitions des seuils de mise en concurrence – Le chapitre II du titre III du décret définit les différentes procédures applicables aux marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Références

CMP 2006, art. 26, 35.I, 36.
Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Sous-section 2 : Procédures formalisées applicables aux entités adjudicatrices

Article 26

Sous réserve des articles 28 et 29, lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, les entités adjudicatrices passent leurs marchés publics selon l'une des procédures formalisées suivantes qu'elles choisissent librement :

- 1° L'appel d'offres ;
- 2° La procédure négociée avec mise en concurrence préalable ;
- 3° Le dialogue compétitif.

Commentaires

Libre choix des procédures pour les entités adjudicatrices – Contrairement aux pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices opérateurs de réseaux peuvent recourir librement aux différentes procédures proposées en matière de commande publique, selon les opportunités qu'elles peuvent représenter pour les acheteurs, et donc sans avoir à en expliquer les motifs. Ce sera notamment le cas pour la procédure de marché négocié avec mise en concurrence.

Appréciation de la qualité d'entité adjudicatrice en fonction du contrat envisagé – Certaines entités publiques peuvent, en fonction de la nature de l'activité et du contrat qu'elles envisagent de conclure, être considérées comme soit des entités adjudicatrices bénéficiant dès lors du libre choix de la procédure, soit comme des pouvoirs adjudicateurs soumis au principe de l'appel d'offres, sauf dérogations spécifiques pouvant être justifiées (voir commentaires des articles 10 à 12 de l'ordonnance).

Références

Textes

CMP 2006, art. 134 et 135.
Ord. 23 juillet 2015, art. 10 à 12.

Jurisprudence

CE 10 avril 2015, Chambre de commerce et d'industrie territoriale d'Ajaccio et de Corse du Sud, req. n° 387128 (Marché ayant pour objet le remplacement du matériel et des systèmes de gestion des parcs de stationnement pour véhicules de l'aéroport, ainsi que leur maintenance sans lien avec le transport aérien, excluant l'application des règles applicables aux entités adjudicatrices de transport aérien).

CE 23 novembre 2011, Société GIHP Lorraine Transports, req. n° 349746 (Absence d'activité d'exploitation de réseau en cas de marché conclu avec un tiers pour l'exécution du service de transport des personnes à mobilité réduite, dès lors que le pouvoir adjudicateur assure directement son organisation en assumant le risque économique et en contrôlant son exécution, excluant l'application des règles applicables aux entités adjudicatrices de transport public de personnes).

Section 2 : Procédure adaptée

Sous-section 1 : Marchés publics inférieurs aux seuils de procédure formalisée

Article 27

Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée dont il détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Lorsque l'acheteur a prévu de négocier, il peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire.

Lorsque l'acheteur se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, il est tenu de l'appliquer dans son intégralité.

Commentaires

Principe de liberté de choix de la mise en concurrence des marchés inférieurs aux seuils de procédures adaptées –

L'article 27 pose le principe de la liberté dans la détermination des règles de procédure pouvant être appliquées par les acheteurs publics. Ces règles sont à établir à l'aune de l'objet du marché, de son montant, de ses caractéristiques... et soumises au contrôle du juge qui sanctionne des procédures ayant certes respecté les règles définies par le pouvoir adjudicateur et la réglementation applicable, mais considérées toutefois comme insuffisantes au regard de l'objet du marché (CE 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 278732).

Condition de mise en concurrence des marchés inférieurs aux seuils de procédures adaptées - Concrètement, il pourra être utile que chaque pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice établisse les caractéristiques des procédures de Mapa en dessous des seuils de marchés formalisés ; ces règles prennent la forme de « Guide de procédures », de « règlements », et autres « notes de services », selon la formalisation retenue. Attention toutefois au fait que le choix, en procédure adaptée, de l'utilisation d'une procédure formalisée impose à l'acheteur public d'appliquer ladite formalité dans son intégralité.

Condition de mise en concurrence proportionnée - Le déroulement des procédures en dessous des seuils de mise en concurrence réglementée, par combinaison de différents articles de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application, est le suivant :

- jusqu'à 25 000 € HT, achat de gré à gré (art. 30.8°), mais « l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin » ;
- à partir de 25 000 € HT, la définition préalable des besoins, et notamment par application de l'article 30 de l'ordonnance et des articles de mise en œuvre du décret (art. 4 à 11), s'impose, tout en respectant les règles de la notion d'opération de l'article 21 ;
- le principe de l'allotissement s'impose également (art. 12) ;
- la définition de critères d'attribution, pouvant ne pas être pondérés, et le respect des conditions de mise en œuvre définies dans le règlement de consultation (ou la lettre de consultation) restent fondamentaux pour le respect de l'égalité de traitement ;
- jusqu'aux seuils de publicité européens, la procédure de passation n'est pas réglementée, simplement « adaptée » à l'exception de l'obligation de publication soit au BOAMP, soit dans un journal d'annonces légales (art. 34.1.1°b) ;
- en dessous de 90 000 € HT, la publicité (c'est-à-dire le fait de rendre public) n'est pas réglementée (art. 34.1.1°a), mais elle s'impose a minima pour respecter le principe d'égal accès à la commande publique, et peut consister en des mesures de publicité « adéquate » : envoi d'une demande de devis à plusieurs entreprises, publication dans la presse, publication sur un site Internet...

En dessous de 90 000 € HT, il est évident que le contenu d'un avis d'appel à la concurrence devra être suffisamment clair pour préciser la nature, l'étendue et les caractéristiques des prestations mises en concurrence. De même, en fonction de l'importance du marché, et plus particulièrement en cas de publication obligatoire (marchés > 90 000 € HT), la rédaction d'un règlement de consultation au moins allégé permettra d'apporter la preuve du respect du principe d'égalité de traitement, notamment par application de critères de choix de l'offre. Il s'agit donc bien d'appliquer une mise en concurrence proportionnée à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché. Ces marchés pourraient d'ailleurs, pour une meilleure compréhension des praticiens, s'intituler les marchés passés selon une « procédure proportionnée ».

Compétence des organes des collectivités territoriales - Les dispositions de l'article L. 2122-22-4° du CGCT visent à déléguer la compétence du conseil municipal au maire (et de la même manière pour les

autres collectivités territoriales) pour la durée du mandat, pour toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres, mais également toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget. De sorte que, désormais, une délégation générale pour tous les marchés et leurs avenants peut être donnée à l'exécutif d'une collectivité territoriale, quel que soit le montant du marché et celui des avenants pouvant en résulter.

L'obligation de transmission au contrôle de légalité s'impose pour tous les marchés passés au-delà de 209 000 € (R. 2131-5 et D. 2131-5-1 du CGCT).

Négociation de tous les éléments d'une offre - Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 avait inséré la mention expresse que tous les éléments d'une offre dans le cadre d'une procédure adaptée pouvaient être négociés ; mais cette précision, pourtant fondamentale dans l'optique d'un achat public performant, n'est pas reprise par le décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015. En effet, de nombreux acheteurs publics ont maintenu ou maintiennent encore des conditions de mise en œuvre des procédures adaptées proches de celles des appels d'offres, s'interdisant toute négociation, ou en les limitant aux seuls prix. L'affirmation non équivoque de cette possibilité de négociation de tous les éléments des offres prend une dimension encore plus importante au regard des marchés de travaux relevant de cette procédure jusqu'à concurrence du seuil de procédure formalisée défini à l'article 27 (5 225 000 € HT depuis le 1^{er} janvier 2016).

Modalités de mise en œuvre de la négociation - La mise en œuvre de cette négociation doit être annoncée dans les documents de consultation et doit évidemment respecter tous les principes fondamentaux applicables à la commande publique. Bien que l'article ne le rappelle pas ici, la négociation de tous les éléments de l'offre ne devrait pas pouvoir entraîner des modifications substantielles du cahier des charges initial, au regard notamment des obligations en matière de définition des besoins comme des notations initiales de consultation.

L'acheteur peut-il se réserver la possibilité de négocier ?

Le débat sur la validité de certaines dispositions de règlements de consultation indiquant que « le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de négocier avec les candidats de son choix » a agité pendant longtemps les prétoires pour finalement être tranché positivement par le Conseil d'État (CE 18 septembre 2015, Société Axxess, req. n° 380821), allant dans le sens de l'article 29.4 de la directive « Marchés ». Toutefois, la rédaction adoptée par l'article 27 du décret est bien en tout point conforme à la directive, à savoir que l'acheteur peut se réserver la possibilité... de ne pas négocier, et non pas l'inverse, la nature négociée de la procédure restant consacrée.

Références

Textes

CMP 2006, art. 28.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Jurisprudence

CE 18 septembre 2015, Société Axxess, req. n° 380821 (Procédure adaptée et modalités de recours à la négociation - Validité de la mention du règlement de consultation permettant au pouvoir adjudicateur de se réserver la possibilité de négocier sous réserve du contrôle par le juge du respect de l'égalité de traitement des candidats).

CAA Douai, 31 décembre 2012, Commune de Hoymille, req. n° 11DA00590 (Principes fondamentaux de la commande publique et marchés passés à procédure adaptée - Méconnaissance des principes fondamentaux du fait de l'absence de précision des critères de choix des offres pour une demande de devis portant sur une tondeuse).

CAA Paris 20 mars 2012, Caisse nationale assurance vieillesse travailleurs salariés (CNAVTS), req. n° 11PA02323 (Annulation de la passation d'un marché public passé en procédure adaptée pour non-respect d'un délai suf-

fisant entre la publication du marché et le délai de réception des offres).
CE 2 août 2011, Parc naturel régional des Grands Causses, req. n° 348254 (Choix des critères d'attribution en procédure adaptée - Possibilité de retenir, en procédure adaptée, 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 n'a pas d'effet discriminatoire).
CE 30 janvier 2009, ANPE, req. n° 290236 (Application des principes fondamentaux de la commande publique aux procédures adaptées - Obligation de préciser les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution).
Cass. crim., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-82319 (Délit d'octroi d'avantage injustifié - Illégalité d'un marché de traitement d'un montant supérieur à 90 000 € HT passé sans publicité ni mise en concurrence).
CE 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 278732 (Marché à procédure adaptée - Modalités de mise en concurrence d'un marché de programmiste pour l'annexe du Louvre et d'un montant prévisionnelle de 35 000 € HT impliquant une publicité dépassant l'obligation légale de publicité dans un JAL).

Conseils pratiques

À éviter

- Ne pas être à même de justifier un choix de non-négociation au regard de l'intérêt général.

Recommandations

- Développer une approche performante et organisationnelle de l'achat public en procédure adaptée.
- Développer la négociation, en limitant progressivement le nombre des opérateurs admis à la négociation, et ce afin de renforcer la qualité du processus achat, ce que demandent d'ailleurs également les entreprises pour lesquelles le coût et le temps passé à répondre aux consultations publiques sont importants.
- Élaborer un guide des bonnes pratiques pour permettre une plus grande souplesse rédactionnelle du cahier des charges, des négociations orales, la prise en compte de l'expérience dans les critères d'attribution.

Sous-section 2 : Marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques

Article 28

I. - Quelle que soit la valeur estimée du besoin, les marchés publics ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 27.

II. - Pour l'attribution du marché public, l'acheteur tient compte des spécificités des services en question. Il veille notamment à la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation.

III. - Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services sociaux mentionnés au I et d'autres services à l'exception des services juridiques

de représentation définis à l'article 29, il est passé conformément aux règles applicables à celle de ces deux catégories de services dont la valeur estimée est la plus élevée.

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services mentionnés au I et des services juridiques de représentation définis à l'article 29, le II de l'article 29 s'applique.

Commentaires

Procédure adaptée en fonction de la nature du service -

Ces marchés, par nature, peuvent faire l'objet de procédure adaptée, c'est-à-dire de mesures de publicité et de mise en concurrence librement définies par l'acheteur, dans les mêmes conditions que celles qu'il peut fixer en application de l'article 27. La liste de ces services est publiée au JO. Elle est fondée sur la liste figurant en annexe XIV de la directive « Marchés ».

En particulier, il peut être utile de déterminer des règles de mise en concurrence et de publicité en prévoyant des règles spécifiques pour certains domaines d'activité (domaine culturel, restauration, domaine social...). Les acheteurs les plus expérimentés pourront élaborer une nomenclature des achats spécifiques.

En cas de mixité entre services spécifiques et services non spécifiques, les règles applicables correspondent aux services dont la valeur estimée est bien entendu la plus élevée (CE 29 mai 2013, Société Delta Process, req. n° 365954).

En application de l'article 35 du décret, ces marchés doivent faire l'objet d'une publicité européenne à compter de 750 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs et 1 000 000 € HT pour les entités adjudicatrices.

Compétence d'attribution et de signature - L'attribution et la signature du marché doivent être régies en fonction des règles propres à chaque acheteur.

Disparition de la notion d'obligations réduites - Alors que les marchés de l'ancien article 30 n'étaient soumis qu'à deux obligations (références des prestations par rapport à des normes et avis d'attribution), cette limitation d'obligation a disparu, rendant dès lors applicable un certain nombre de règles communes, notamment celles relatives à la définition des besoins, à l'allotissement...

Références

Textes

CMP 2006, art. 30.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Liste des services : avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques - NOR : EINM1608208V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Jurisprudence

CE 29 mai 2013, Société Delta Process, req. n° 365954 (Marché soumis à l'article 30 du Code des marchés publics ayant pour objet principal l'exécution d'une prestation de service d'interprétariat et de traduction et pour objet accessoire l'exécution d'une prestation de services informatiques et la fourniture de matériel - Impossibilité d'invoquer le manquement tenant au défaut de notification du rejet de l'offre aux candidats évincés avant la signature du marché en marché à procédure adaptée).

Conseils pratiques

Recommandations

- Procéder à du sourçage concernant les spécifications techniques et économiques des prestations pourrait s'avérer utile.
- Prendre en compte les spécificités de chaque catégorie de services sociaux ou spécifiques pour préparer la consultation.
- Adapter la procédure, quels que soient les montants, à la réalité du do-

maine économique concerné.

- Pour les acheteurs les plus importants, établir une nomenclature afin d'y associer une procédure spécifique en fonction des caractéristiques des activités concernées.

Sous-section 3 : Marchés publics de services juridiques de représentation

Article 29

I. - À l'exception des articles 2, 4, 5, 12, 20 à 23, 30, 48 à 55, 60, 107, 108 et du titre IV de la présente partie, les dispositions du présent décret ne s'appliquent pas aux marchés publics de services juridiques suivants :

1° Les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;

2° Les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée à l'alinéa précédent ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.

L'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public.

II. - Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services juridiques mentionnés au I et d'autres services, le présent article s'applique si les services juridiques mentionnés au I constituent l'objet principal du marché public et si les différentes parties du marché public sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du marché public, celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services.

Commentaires

Spécificités du choix d'un avocat - La spécificité de la mission de représentation ou de la mission de conseil dans le cadre d'un risque contentieux avéré justifie d'un choix pouvant reposer sur des critères conduisant à reconnaître une part d'intuitu personae importante. Alors que la directive « Marchés » exclut désormais ces services du champ de la commande publique, la transposition opérée par la France maintient ces prestations dans les marchés publics, au regard de la possibilité offerte par le droit européen pour chaque membre de l'Union d'être plus restrictif (CE, 9 mars 2016, Conseil national des barreaux, req. n° 393589).

Le recours à la procédure spécifique ne concerne bien que les marchés de représentation ou les marchés de conseils sur une question qui pourra « vraisemblablement » concerner une procédure.

Au regard de la combinaison des diverses dispositions visées à l'article 29 ou induites par d'autres dispositions, les marchés de représentation peuvent dès lors être conclus :

- sans publicité ni mise en concurrence en dessous du seuil de 25 000 € HT ;
- avec mise en concurrence mais sans publicité obligatoire au-dessus de 25 000 € HT, les articles sur les avis de marché n'étant pas visés, selon des modalités librement décidées par les acheteurs ;
- sans aucune publicité européenne au-dessus des seuils européens de services, ces marchés étant exclus de la commande publique communautaire.

En cas de mixité entre services spécifiques et services non spécifiques, les

règles applicables correspondent aux services dont la valeur estimée est bien entendu la plus élevée.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 14.10°.

Conseils pratiques

Recommandations

- S'inscrire dans une approche de management des risques contentieux mobilisant des connaissances transversales à l'instar des directions juridiques.
- Faire clairement ressortir les deux catégories de missions juridiques pour déterminer ce qui relèvera d'une commande de représentation ou assimilée, ou d'une commande de simple avis. Étant également rappelé qu'en cas de mixité des prestations, si la part des questions pouvant toucher des aspects contentieux est plus importante que celle pouvant toucher d'autres questions, la procédure spécifique pourra également s'appliquer.

Section 3 : Marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Article 30

I. - Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants :

1° Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Tel est notamment le cas des marchés publics rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du Code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du Code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés publics passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du Code rural et de la pêche maritime. Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ;

2° Lorsque dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou dans le cadre de la passation d'un marché public répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou d'un marché public relevant des articles 28 et 29, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables au sens du IV de l'article 55 ou des offres inappropriées au sens du I de l'article 59 ont été présentées, pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces

marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande ;
3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes :

- a) Le marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
- b) Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;
- c) La protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle.

Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ;

4° Pour les marchés publics de fournitures qui ont pour objet :

a) Des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises ;

b) L'achat de matières premières cotées et achetées en bourse ;

5° Pour les marchés publics de fournitures ou de services passés dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre I, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre État ;

6° Pour les marchés publics de services attribués au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations ;

7° Pour les marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché public précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché public doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services. Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés publics peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché public initial ;

8° Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ;

9° Pour les marchés publics de fournitures de livres non scolaires passés par les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 susvisée, pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant

à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxe. Lorsqu'ils font usage de cette faculté, les acheteurs se conforment aux obligations mentionnées au 8° et tiennent compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand nombre à cette création ;

10° Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens, lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.

II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement.

III. - Les entités adjudicatrices peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics suivants :

1° Les marchés publics conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché public ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés publics ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs ;

2° Les marchés publics ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché.

Commentaires

Motifs d'utilisation de la procédure négociée sans mise en concurrence ni publicité - À l'instar de l'ancien article 35-II du Code des marchés publics, l'article 30 dresse la liste limitative et donc d'interprétation stricte des cas d'ouverture des « ni-ni » (ni concurrence ni publicité), pour tous les acheteurs (I), les seuls pouvoirs adjudicateurs (II) et les seules entités adjudicatrices (III). Les catégories listées sont les suivantes :

Au bénéfice de tous les acheteurs

- Urgence impérieuse.
- Absence de candidatures ou d'offres ou infructuosité de candidatures ou d'offres.
- Choix d'un opérateur déterminé.
 - Création ou acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique.
 - Raisons techniques justifiées, en l'absence de solution alternative et de restriction artificielle des caractéristiques du marché.
 - Protection des droits d'exclusivité, en l'absence de solution alternative et de restriction artificielle des caractéristiques du marché.
- Marchés de fournitures
 - Livraisons complémentaires destinées :
 - * au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations ;
 - * extension d'installations existantes ;
 - * en cas de changement imposant l'acquisition de fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées ;
 - * durée ne pouvant dépasser 3 ans sauf justifications ;
 - Achat de matières premières cotées et achetées en bourse.
- Marchés de fournitures et de services passés dans des conditions parti-

culières avantageuses :

- auprès d'opérateurs en cessation d'activité ;
- auprès d'opérateurs en redressement ou liquidation judiciaire (à l'exception des simples mesures de prévention (art. L. 611-1 à 16 et L. 612-1 à 5 du Code de commerce).
- Marchés attribués au(x) lauréat(s) d'un concours, avec négociation avec tous les lauréats en cas de pluralité de lauréats.
- Marchés de prestations de travaux ou services similaires :
 - si la mention de cette possibilité a été faite dans le marché précédent mis en concurrence ;
 - si la mise en concurrence a envisagé le montant total des prestations similaires (reconduction) y compris nouveaux travaux ou services ;
 - ne pouvant être conclus plus de 3 ans à compter de la notification du premier marché.
- Marchés inférieurs à 25 000 € HT.
- Marchés de livres non scolaires, sous certaines conditions.

Au bénéfice des pouvoirs adjudicateurs

- Marchés pour l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation d'étude ou de développement.

Au bénéfice des entités adjudicatrices

- Marchés conclus à des fins de recherche, d'expérimentation d'étude ou de développement.
- Marchés pour l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses.

Références

Textes

CMP 2006, art. 35.II.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.3°.

Jurisprudence

TA Paris, 16 avril 2014, Société Life technologies, req. n° 1404616 (Marché négocié sans mise en concurrence ni publicité préalable en raison de la protection des droits d'exclusivité - Marché de fourniture de kits de prélèvements buccaux en vue de la réalisation d'analyse d'identification par empreintes génétiques pour la gendarmerie et la police nationale - Respect des conditions relatives d'une part à la justification du choix d'un procédé plutôt qu'un autre, et d'autre part à que ce procédé fasse l'objet de droits exclusifs détenus par un opérateur économique déterminé).

CE 2 octobre 2013, Département de l'Oise, req. n° 368846 (Marché négocié sans mise en concurrence et sans publicité en raison de l'existence de droits d'exclusivité - Validité de la passation d'un tel marché avec la société détentrice d'un logiciel répondant bien à un besoin du pouvoir adjudicateur - Preuve du droit d'exclusivité apportée par un certificat de l'Agence de protection des programmes - Exclusivité englobant l'exploitation et la maintenance).

CE 28 janvier 2013, Département du Rhône, req. n° 35667 (Absence justifiée de toute mise en concurrence pour l'achat d'abonnements, de places et de « pass » afin de promouvoir l'activité sportive auprès du jeune public du département et d'encourager l'engagement bénévole de cette activité - Prestations revêtant un caractère unique et pour lesquelles une mise en concurrence s'avère impossible en raison du fait que seul le Club Olympique Lyonnais en est le seul distributeur).

CAA Bordeaux 11 janvier 2011, Société Collectivités Territoriales Ressources, req. n° 09BX02684 (Soumission d'un contrat de recherches d'économies aux principes d'égalité et de transparence - Prix du marché déterminé à l'avance - Absence de justification de recours à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence). CE 19 septembre 2007, Communauté d'agglomération de Saint-Étienne Métropole, req. n° 296192 (Absence justifiée de toute mise en concurrence pour le choix du seul site d'enfouissement des déchets au regard des normes applicables).

Conseils pratiques

Recommandations

- Motiver en amont le choix de ne pas mettre en concurrence => disposer d'un rapport précis sur l'exception de mise en concurrence.
- Vérifier les conditions d'exclusivité réelle des prestataires => en cas de brevet ou autres droits parfois délicats à interpréter, privilégier une mise en concurrence qui pourrait conduire des concurrents à se prévaloir, eux aussi, d'un brevet pour répondre à un même besoin.

Chapitre III : Publicité préalable

Commentaires

Introduction aux diverses mesures de publicité préalable - Les procédures de commande publique se caractérisent par la publication d'avis d'appel à la concurrence permettant aux opérateurs économiques de répondre à une consultation, qui conduira par principe à l'attribution d'un contrat de commande publique. Les dispositions du chapitre consacré à la publicité préalable dans la passation d'un marché public définissent, certes, les règles relatives à la publication des avis traditionnels en la matière, mais introduisent également la possibilité d'anticiper une telle publication de manière légèrement distincte d'ailleurs pour les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices. Au-delà d'une simple publication d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif pouvant éventuellement permettre la réduction des délais de consultation ultérieure, les pouvoirs adjudicateurs bénéficient, dans certains cas, du dispositif de « manifestation d'intérêt » évitant la publication d'un nouvel avis d'appel à la concurrence.

MODALITÉS DE PUBLICITÉ

TRAVAUX

		ACHAT DE GRE A GRE	PROCEDURE ADAPTEE		PROCEDURE FORMALISEE
SEUILS ⁰ (X)		0 < X < 25 000 € HT	25 000 € HT < X < 90 000 € HT	90 000 € HT < X < 5 225 000 € HT	X > 5 225 000 € HT
MODALITES DE PUBLICITE	1) Etat, et EP ⁴ (autres que EPIC ⁵) 2) CT ⁶ , leurs EP et groupements	Sans mise en concurrence sans publicité	Publicité adaptée	Publicité obligatoire	Publicité obligatoire
		<ul style="list-style-type: none"> - Choix de l'offre pertinente - Bonne utilisation des deniers publics - Ne pas systématiser un même opérateur économique 	<ul style="list-style-type: none"> - Modalités de publicité librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché - Et possibilité de publier sur un autre support que celui choisi à titre principal 	<ul style="list-style-type: none"> BOAMP¹ ou JAL² Et possibilité de publier dans : <ul style="list-style-type: none"> - un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné - ou au JOUE³ - ou sur un autre support <li style="color: red;">Pas de publication d'avis d'attribution 	<ul style="list-style-type: none"> BOAMP¹ et JOUE² Et possibilité de publier sur un autre support <li style="color: red;">Publication d'avis d'attribution dans un délai de 30 j
		art. 30. 8°	art. 34 I 1° a) et art. 34 II	art. 34 I 1° b) et art. 34 II	art. 33 I 1° et art. 33 III
	Autres acheteurs	<ul style="list-style-type: none"> - Choix de l'offre pertinente - Bonne utilisation des deniers publics - Ne pas systématiser un même opérateur économique 	<ul style="list-style-type: none"> - Modalités de publicité librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché Et possibilité de publier sur un autre support que celui choisi à titre principal <li style="color: red;">Pas de publication d'avis d'attribution 	<ul style="list-style-type: none"> JOUE Et possibilité de publier sur un autre support <li style="color: red;">Publication d'avis d'attribution dans un délai de 30 j 	
	art. 30	art. 34 I 2° et art. 34 II		art. 33 I 2° et art. 33 III	

FOURNITURES ET SERVICES

		ACHAT DE GRE A GRE	PROCEDURE ADAPTEE		PROCEDURE FORMALISEE
SEUILS ⁰ (X)		0 < X < 25 000 € HT	25 000 € HT < X < 90 000 € HT	90 000 € HT < X < 135 000 € HT pour l'Etat 90 000 € HT < X < 209 000 € HT pour les CT et autres acheteurs 90 000 € HT < X < 418 000 € pour les EA ⁷	X > 135 000 € HT pour l'Etat X > 209 000 € HT pour les CT et autres acheteurs X > 418 000 € pour les EA ⁷
MODALITES DE PUBLICITE	1) Etat, et EP (autres que EPIC) 2) CT ⁶ , leurs EP et groupements	Sans mise en concurrence sans publicité	Publicité adaptée	Publicité obligatoire	Publicité obligatoire
		<ul style="list-style-type: none"> - Choix de l'offre pertinente - Bonne utilisation des deniers publics - Ne pas systématiser un même opérateur économique 	<ul style="list-style-type: none"> - Modalités de publicité librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché - Et possibilité de publier sur un autre support que celui choisi à titre principal 	<ul style="list-style-type: none"> BOAMP¹ ou JAL² Et possibilité de publier dans : <ul style="list-style-type: none"> - un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné - ou au JOUE³ - ou sur un autre support <li style="color: red;">Pas de publication d'avis d'attribution 	<ul style="list-style-type: none"> BOAMP¹ et JOUE² Et possibilité de publier sur un autre support <li style="color: red;">Publication d'avis d'attribution dans un délai de 30 j
		art. 30. 8°	art. 34 I 1° a) et art. 34 II	art. 34 I 1° b) et art. 34 II	art. 33 I 1° et art. 33 III
	Autres acheteurs	<ul style="list-style-type: none"> - Choix de l'offre pertinente - Bonne utilisation des deniers publics - Ne pas systématiser un même opérateur économique 	<ul style="list-style-type: none"> «Modalités de publicité librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché Et possibilité de publier sur un autre support que celui choisi à titre principal « <li style="color: red;">Pas de publication d'avis d'attribution 	<ul style="list-style-type: none"> JOUE Et possibilité de publier sur un autre support <li style="color: red;">Publication d'avis d'attribution dans un délai de 30 j 	
	art. 30	art. 34 I 2° et art. 34 II		art. 33 I 2° et art. 33 III	

SERVICES SOCIAUX ET SPECIFIQUES (art. 28)				
		ACHAT DE GRE A GRE	PROCEDURE ADAPTEE	
SEUILS ⁰ (X)		0 < X < 25 000 € HT	90 000 € HT < X < 750 000 € HT pour les PA ⁸ 90 000 € HT < X < 1 000 000 € HT pour les EA	X ≥ 750 000 € HT pour les PA ⁸ X ≥ 1 000 000 € HT pour les EA
MODALITES DE PUBLICITE	1) Etat, et EP (autres que EPIC)	Sans mise en concurrence sans publicité	Publicité adaptée	Publicité obligatoire
	2) CT, leurs EP et groupements	- Choix de l'offre pertinente - Bonne utilisation des deniers publics - Ne pas systématiser un même opérateur économique	Modalités de publicité librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché Pas de publication d'avis d'attribution	JOUE ³ Et possibilité de publier sur un autre support Publication d'avis d'attribution dans un délai de 30 j
	3) Autres acheteurs	art. 30. 8°	art. 35 I 1° et art. 35 II	art. 35 I 2° et art. 35 II

⁰ Avis relatif au seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique

¹ BOAMP : Bulletin officiel des annonces des marchés publics

² Journal d'annonces légales

³ Journal officiel de l'Union européenne

⁴ Etablissement public

⁵ Etablissement public industriel et commercial

⁶ Collectivités territoriales

⁷ Entités adjudicatrices

⁸ Pouvoirs adjudicateurs

Section 1 : Avis d'appel à la concurrence

Sous-section 1 : Avis de préinformation des pouvoirs adjudicateurs

Article 31

I. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

Cet avis peut être soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié par le pouvoir adjudicateur sur son profil d'acheteur.

Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur publie l'avis de préinformation sur son profil d'acheteur, il envoie à l'Office des publications de l'Union européenne un avis annonçant la publication de cet avis. L'avis de préinformation n'est pas publié sur le profil d'acheteur avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne de l'avis annonçant sa publication

sous cette forme. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de préinformation publié sur le profil d'acheteur.

II. - Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure concurrentielle avec négociation, à l'exception des autorités publiques centrales dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser un avis de préinformation pour lancer un appel à la concurrence, à condition que l'avis remplisse les conditions suivantes :

1° Il fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;

2° Il mentionne que ce marché public sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure concurrentielle avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;

3° Il a été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

De tels avis ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire peut être réalisée sur un profil d'acheteur, dans les conditions de l'article 36.

La durée maximale de la période couverte par l'avis de préinformation est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

Commentaires

Avis de préinformation et appel à manifestation d'intérêt des pouvoirs adjudicateurs

- Si les avis de préinformation existent depuis longtemps, le manque d'intérêt pratique a considérablement limité leur usage. Le seul avantage était lié à la réduction éventuelle des délais de procédure pouvant en découler pour des opérations dépassant le seuil européen, conditionnée à une précision importante du contenu de l'avis rarement possible à un moment où le cahier des charges n'est souvent pas encore établi.

La réforme apporte une nouveauté à portée opérationnelle importante : elle rénove le dispositif traditionnel de l'avis de préinformation en permettant, sous certaines conditions, de le transformer, sous couvert de la directive « Marchés », en appel à manifestation d'intérêt pour les opérateurs économiques.

Définition de l'avis de préinformation : il s'agit d'un avis, facultatif, permettant pour les marchés relevant des procédures formalisées, d'informer en amont les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par une prochaine consultation. Le caractère complet des informations relatives à la passation de la prochaine procédure permet de bénéficier d'une réduction du délai de publication de la procédure envisagée (voir tableau récapitulatif sous l'article 43).

Définition de l'avis à manifestation d'intérêt : pour les pouvoirs adjudicateurs pouvant en bénéficier, la publication d'un avis de pré-

information peut, sous réserve des conditions définies par l'art. 31.II, permettre à l'acheteur de ne pas publier un nouvel avis et inviter seulement et directement les opérateurs à manifester leur intérêt pour la consultation concernée.

Seuils d'application des avis de préinformation - Contrairement à l'ancienne réglementation, la préinformation est désormais possible pour toutes les procédures et pas uniquement au-dessus de l'ancien seuil de 750 000 € HT pour les fournitures et services et 5 225 000 € HT pour les travaux.

Une interrogation peut subsister concernant le bénéfice de ces dispositions pour les procédures de travaux notamment en dessous du seuil européen et la possibilité de mettre en œuvre du mécanisme de l'avis à manifestation d'intérêt. Mais dès lors qu'en procédure adaptée, il peut être librement choisi de recourir une procédure formalisée, il n'existe probablement pas d'objection juridique à mobiliser un tel dispositif pour une opération en dessous des seuils européens, même si sa portée pratique peut être atténuée en raison des délais plus courts et de la souplesse inhérente à la procédure adaptée.

Durée de validité des préinformations - De 35 jours à 12 mois.

Fonctionnement de l'avis de préinformation -

Modalités de publication de la préinformation au JOUE et/ou sur un profil d'acheteur :

- avis au JOUE (pouvant viser un profil d'acheteur) ;
- avis sur un profil d'acheteur dont les fonctionnalités et exigences minimales d'un profil sont fixées réglementairement :
 - interdiction de publier sur le profil d'acheteur avant l'envoi au JOUE ;
 - obligation de publication spécifique au JOUE, renvoyant dès lors au profil d'acheteur.
- publication supplémentaire possible ;
- envoi entre 35 jours minimum et 12 mois maximum avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Modalités de publication de l'avis de marché au JOUE et/ou sur un profil d'acheteur :

- avis de marché conforme aux articles 33, 34 ou 35 selon la nature de la procédure (formalisée, adaptée) ;
- réduction des délais possible : le délai minimal de réception des offres est ramené à 15 jours en AOO et 10 jours en AOR et PCN.

Fonctionnement de l'appel à manifestation d'intérêt -

Pouvoirs adjudicateurs éligibles : selon la terminologie de la directive, la pratique de l'avis de préinformation pour mettre en place l'avis de manifestation d'intérêt en procédure d'appel d'offres restreint et de procédure concurrentielle n'est pas ouverte qu'aux services « sous-centraux » des États membres. Il appartient donc à chaque État de fixer la liste des exclusions, et en France, par arrêté auquel l'article 31.II.a.2 renvoie (voir références ci-dessous).

Modalités de publication au JOUE et/ou sur un profil d'acheteur :

- avis au JOUE (pouvant viser un profil d'acheteur) ;
- avis sur un profil d'acheteur dont les fonctionnalités et exigences minimales d'un profil sont fixées réglementairement :
 - interdiction de publier sur le profil d'acheteur avant l'envoi au JOUE
 - obligation de publication spécifique au JOUE, renvoyant dès lors au profil d'acheteur
- publication supplémentaire possible ;
- envoi entre 35 jours minimum et 12 mois maximum avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- manifestation d'intérêt adressée par les opérateurs ;
- envoi par le pouvoir adjudicateur de l'invitation à confirmer l'intérêt aux opérateurs s'étant manifestés, sans nouvel avis d'appel à la concurrence, en application de l'article 37 (**voir commentaires associés**) ;
- déroulement de la consultation selon les règles applicables soit aux appels d'offres restreints, soit aux procédures concurrentielles avec négociation.

Références

Textes

CMP 2006, art. 39.

Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics - NOR : ECEM0929046A - JO du 20 décembre 2009

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique - NOR : EINM1608119V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Conseils pratiques

Voir les conseils mentionnés sous l'article 37.

Sous-section 2 : Avis périodique indicatif des entités adjudicatrices

Article 32

I. - Les entités adjudicatrices peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis périodique indicatif établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics. Cet avis est publié soit par l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice.

Lorsqu'une entité adjudicatrice publie l'avis périodique indicatif sur son profil d'acheteur, elle envoie à l'Office des publications de l'Union européenne un avis annonçant la publication de cet avis. L'avis périodique indicatif n'est pas publié sur le profil d'acheteur avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne de l'avis annonçant sa publication sous cette forme. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis périodique indicatif publié sur le profil d'acheteur.

II. - Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, les entités adjudicatrices peuvent utiliser un avis périodique indicatif pour lancer un appel à la concurrence, à condition que l'avis remplisse les conditions suivantes :

1° Il fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;

2° Il mentionne que ce marché public sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure négociée sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;

3° Il a été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

De tels avis ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire au niveau national peut être réalisée sur un profil d'acheteur, dans les conditions de l'article 36.

La durée maximale de la période couverte par l'avis périodique indicatif est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

III. - Lorsqu'une entité adjudicatrice publie un avis périodique indicatif, elle communique aux candidats qui le demandent les spécifications techniques qu'elle fait habituellement figurer ou qu'elle entend faire figurer dans les marchés publics ayant le même objet que celui mentionné dans l'avis.

Ces spécifications techniques sont mises à disposition sur un profil d'acheteur dans les conditions fixées à l'article 39. Toutefois, elles sont transmises par d'autres moyens dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il n'est pas possible d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par voie électronique à certains documents de la consultation pour une des raisons mentionnées au II de l'article 41 ;

2° Lorsque l'entité adjudicatrice entend imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle met à disposition tout au long de la procédure de passation. Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.

Commentaires

Avis périodique indicatif et appel à manifestation d'intérêt des entités adjudicatrices - En ce qui concerne les entités adjudicatrices, les caractéristiques et les effets de la préinformation, appelée pour celles-ci « avis périodique indicatif », sont les mêmes que pour les pouvoirs adjudicateurs (voir commentaires de l'article 31), avec toutefois une précision complémentaire les concernant. En effet, l'article 32.III impose que l'entité adjudicatrice communique aux candidats qui le demandent les spécifications techniques qu'elle fait habituellement figurer ou qu'elle entend faire figurer dans les marchés publics ayant le même objet que celui de l'avis. Alors que la publicité de l'avis périodique préalable à une manifestation d'intérêt n'est pas possible sur les profils d'acheteur, les spécifications techniques pouvant être demandées doivent au contraire être par principe disponibles sur le profil d'acheteur, sauf en cas d'impossibilité technique ou de restrictions imposées pour des raisons de confidentialités.

Références

Textes

CMP 2006, art. 149 et 151

Conseils pratiques

Voir les conseils mentionnés sous l'article 37.

Sous-section 3 : Avis de marché

Article 33

I. - Pour les marchés publics passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 et 26 :

1° L'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements publient un avis de marché dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ;

2° Les autres acheteurs publient un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne.

II. - L'avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

III. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis.

Commentaires

Avis de marchés des procédures formalisées - Les obligations relatives aux avis de marchés diffèrent quelque peu selon la qualité de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice ou d'« autres acheteurs ». Si les pouvoirs adjudicateurs doivent publier tant au BOAMP qu'au JOUE, les autres n'ont d'obligation que celle de publier au JOUE. Les modèles d'avis sont obligatoires, mais, depuis le célèbre arrêt Smirgeomes, plus à peine de nullité dès lors que les candidats qui se prévalent d'une irrégularité ne font pas la démonstration d'être lésés ou susceptibles de l'être par le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence invoqué.

Références

Textes

CMP 2006, art. 40.

Jurisprudence

CE 3 octobre 2008, Smirgeomes, req. n° 305420 (Les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente).

Article 34

I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27 :

1° L'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements procèdent à une publicité dans les conditions suivantes :

a) Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros HT, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ;

b) Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 euros HT et inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public ;

2° Les autres acheteurs choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis.

Commentaires

Avis de marchés des procédures adaptées - Les obligations de publicité des avis de marché en procédure adaptée diffèrent selon la qualité de l'acheteur.

Pour les acheteurs publics, seuls les pouvoirs adjudicateurs, autres que les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État (art. 34, I, 1^o), ont une obligation de publier en fonction de seuils dans les conditions suivantes (voir tableau sous chapitre III) :

- marchés supérieurs ou égaux à 90 000 € HT : obligation de publication de l'avis soit au BOAMP soit dans un JAL ;
- marchés inférieurs à 90 000 € HT : le choix des modalités de publicité de l'avis de marché se fait en fonction des caractéristiques du marché.

Dans les deux cas, si la garantie d'une information appropriée le justifie, une publicité complémentaire dans un journal spécialisé du secteur économique concerné ou au JOUE doit venir compléter la publicité.

Pour tous les autres acheteurs (art. 34, I, 2^o), le choix des modalités de publicité de l'avis de marché se fait en fonction des caractéristiques du marché. On notera que, par application des dispositions de l'article 2 du décret, les OPH relèvent du 2^o de l'article 34, I puisqu'ils doivent appliquer « les règles relatives aux acheteurs autres que l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ».

Références

Textes

CMP 2006, art. 28.

Jurisprudence

Trib. Corr. Montbéliard, 7 janvier 2016, 33/2016 (Condamnation au titre de l'article 432-14 du Code pénal pour atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics en raison du non-respect de l'obligation de publicité pour une opération de travaux excédant les 90 000 € HT).

Conseils pratiques

Recommandations

- Favoriser la diffusion de l'information en utilisant, en sus du BOAMP, des supports de presse choisis par l'acheteur dont le contenu pourra être réduit afin de limiter les frais de publication.
- Choisir le support supplémentaire en fonction de la capacité de celui-ci à diffuser l'information de la publication de l'avis et à toucher ainsi le plus grand nombre d'opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le marché. Dans ce contexte de recherche de visibilité, peuvent être utilisés des supports de publication diffusés par des médias Internet spécialisés.

Article 35

I. - Pour les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés à l'article 28 :

1^o Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, l'acheteur définit librement les mesures de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des services en cause ;

2^o Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, l'acheteur publie un avis de marché, un avis de préinformation, un avis périodique indicatif ou un avis sur l'existence

d'un système de qualification conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions prévues à l'article 36.

Lorsqu'il utilise un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif, cet avis fait référence spécifiquement aux types de services qui feront l'objet des marchés publics à passer, indique que les marchés publics seront passés sans publication ultérieure et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit. L'avis de préinformation ou un avis périodique indicatif peut couvrir une période d'une durée supérieure à douze mois.

II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis.

Commentaires

Avis de marchés des procédures adaptées des services sociaux et spécifiques - Les modalités de publicité des avis des marchés pour les services sociaux et spécifiques sont encore plus allégées que celles relatives aux procédures adaptées en tant que le seuil intermédiaire de 90 000 € HT disparaît. En dessous des seuils européens, l'acheteur choisit librement les mesures de publicité adaptées.

Pour les marchés de services sociaux et services spécifiques dépassant le seuil européen (750 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs et 1 M€ HT pour les entités adjudicatrices), un avis de marché doit être publié au JOUE, complété éventuellement par une publication dans un autre support.

Pour les marchés de services sociaux et services spécifiques dépassant le seuil européen (750 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs et 1 M€ HT pour les entités adjudicatrices), un avis de marché doit être publié au JOUE, complété éventuellement par une publication dans un autre support.

Références

Textes

CMP 2006, art. 149, 151, 152, 153, 154, 155.

Conseils pratiques

Se reporter aux conseils relatifs aux procédures adaptées, sous les articles 27 et 28.

Section 2 : Modalités de publication des avis d'appel à la concurrence

Article 36

I. - Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne, qui se charge de leur publication au Journal officiel de l'Union européenne. L'acheteur conserve la preuve de la date d'envoi de ces avis.

II. - Les publications au niveau national ne peuvent être effectuées avant la publication au Journal officiel de l'Union européenne. Elle peut néanmoins avoir lieu, en tout état de cause, lorsque l'acheteur n'a pas été avisé de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.

III. - Les publications au niveau national ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union

européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi.

Commentaires

Transmission électronique des avis - Comme précédemment, les avis sont transmis électroniquement. L'article 36 rappelle toutefois l'obligation « d'envoyer » (et donc de finaliser les avis) au JOUE les avis avant toute publication sur un autre support. Avec un délai de « sauvegarde » de 48 heures qui suivent la confirmation de la « réception » de l'avis. La portée pratique de ce délai ne paraît guère pertinente, mais résulte de la transposition stricte de l'article 52 de la directive « Marchés » et 71 de la directive « Secteurs spéciaux ».

Références

Textes

CMP 2006, art. 40.

Section 3 : Invitation à confirmer l'intérêt

Article 37

Lorsqu'un appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question.

L'invitation comprend au minimum les renseignements suivants :

1° La nature et la quantité des prestations demandées, y compris celles qui relèvent d'éventuels marchés publics complémentaires et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur décidera de recourir à ces marchés publics complémentaires. Dans le cas de marchés publics renouvelables, elle indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés publics ;
2° La procédure utilisée, qui est soit l'appel d'offres restreint soit la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ;

3° Le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché public ;

4° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés au II de l'article 41, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

Dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation ;

5° L'identification et l'adresse du service qui passe le marché public ;

6° Les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats ;

7° La forme du marché public faisant l'objet de l'invitation à confirmer l'intérêt : achat, crédit-bail, location ou location-vente ou plusieurs de ces formes ;

8° Les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de pré-information ou dans l'avis périodique indicatif.

Commentaires

Confirmation de la manifestation d'intérêt - En cas de publication d'un avis de pré-information (pouvoirs adjudicateurs) ou d'avis périodique indicatif (entités adjudicatrices) mentionnant la procédure de manifestation d'intérêt dispensant l'acheteur de publier un nouvel avis, les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt sont invités simultanément à le confirmer, en déposant une offre selon les modalités définies dans une lettre de consultation qualifiée de « lettre de confirmation d'intérêt ».

Compte tenu des caractéristiques de la procédure, l'acheteur adressera un dossier de consultation comprenant les pièces habituelles, accompagné d'un règlement de consultation distinguant l'hypothèse de l'appel d'offres restreint de celle de la procédure concurrentielle avec négociation.

La procédure d'attribution se poursuit alors selon les caractéristiques propres à chacune des deux hypothèses, telles que définies par les articles correspondant du décret.

Conseils pratiques

À éviter

- Omettre les réflexions portant sur l'organisation générale de la commande publique d'un acheteur, la possibilité d'optimiser la planification des consultations en mettant en place, pour certains marchés, le dispositif de présélection des candidats grâce à la publication d'avis de pré-information ou d'avis périodique.
- Manquer d'anticipation sur les caractéristiques essentielles des contrats concernés, au risque de devoir modifier trop substantiellement les conditions de candidatures trop anticipées.

Recommandations

- Pour les opérations particulières (projet d'investissement en construction, projets nécessitant la conclusion de plusieurs marchés) dont les passations risquent d'être tributaires de la finalisation échelonnée de plusieurs dossiers de consultation des entreprises, anticiper les objets contractuels de manière suffisamment précise pour permettre le lancement, à l'échéance maximale de 12 mois, des consultations pour retenir les candidats.
- Élargir l'utilisation des appels d'offres restreints lorsque la procédure concurrentielle avec négociation ne peut être retenue, tout en gardant des nombres maximums de candidatures relativement élevés, afin d'éviter de se trouver sur le chemin critique en appel d'offres ouvert pouvant conduire à analyser un nombre très important d'offres en peu de temps avec une moindre qualité.

Chapitre IV : Règles générales de passation

Section 1 : Dématérialisation des procédures

Commentaires

Introduction sur la dématérialisation de la commande publique - La dématérialisation est déjà un processus avancé dans la commande publique en France. La réécriture des textes (ancien article 56 du Code des marchés publics) en lien avec la transposition des directives

« Marchés » - qui ouvrent à la dématérialisation alors que les directives de 2004 n'évoquaient pas le sujet - ne change, pour l'instant du moins, guère de choses ni juridiquement, ni sur le plan pratique pour les acheteurs ou les opérateurs économiques. Par contre, la marche en avant vers le tout dématérialisé se poursuit, avec la double perspective (2017/2018) :

- de mise à disposition des documents de consultation pour les marchés inférieurs à 90 000 € HT (art. 40) ;
 - de l'obligation d'échanger par voie électronique (art. 41).
-

Sous-section 1 : Mise à disposition des documents de la consultation

Article 38

Les documents de la consultation sont l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir ses besoins et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Commentaires

Définition des documents de consultation - La définition des documents de consultation vise à donner une description de l'ensemble des pièces devant être mises à disposition des opérateurs économiques souhaitant répondre à une consultation, dès le lancement de celle-ci, afin de leur permettre de « déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure ». Cette définition vient en écho à celle de la nécessaire définition des besoins et des spécifications techniques (voir art. 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et art. 6 et suiv. du décret). Ces éléments doivent dès lors faire l'objet des mêmes obligations de dématérialisation que tout autre élément nécessaire à la consultation.

Conseils pratiques

À éviter

- Manquer de précision dans la description des caractéristiques des prestations à réaliser, y compris pour les avis d'appel à candidatures, au risque de limiter l'intérêt des opérateurs économiques pour la réponse et, partant, de les léser.
- Ne pas décrire les exigences professionnelles attendues des candidats en rapport avec les besoins précisés dans l'avis, au risque de rejeter des candidats en réalité mal informés des conditions de participation.

Recommandations

- Préciser les principales caractéristiques et contenus de prestations, périmètres, quantités, voire montant estimé, dès l'avis d'appel à la concurrence et dans toutes les pièces de la consultation.
 - En cas de procédure restreinte, les opérateurs économiques peuvent utilement disposer d'un document précisant les attendus de l'acheteur au regard des caractéristiques de l'opération qui, sans être le cahier des charges, délimite précisément les futures obligations nécessaires à la bonne compréhension du périmètre des prestations et notamment au regard des opportunités de constituer des groupements pour la candidature.
-

Article 39

I. - Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif, cet accès est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner. L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.

II. - Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour une des raisons mentionnées au II de l'article 41, l'acheteur indique, dans l'appel à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt, les moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus.

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur parce que l'acheteur impose aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, celui-ci indique, dans l'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans les documents de la consultation, les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.

III. - En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des articles 67, 69, 70 et 72, ce délai est de quatre jours.

IV. - Jusqu'au 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et jusqu'au 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs, le présent article s'applique uniquement aux marchés publics suivants :

1^o Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée ;

2^o Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 euros HT, passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Il s'applique à tous les marchés publics lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication après le 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et après le 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs.

Commentaires

Voir commentaires sous l'article 42.

Sous-section 2 : Communications et échanges d'informations par voie électronique

Article 40

I. - Sous réserve de l'article 41, dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués par voie électronique.

Le mode de transmission est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

L'acheteur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

II. - Pour les marchés publics passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, les dispositions suivantes s'appliquent :

1° L'acheteur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique ;

2° Pour les marchés publics de fournitures de matériels informatiques et les marchés publics de services informatiques répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 euros HT, les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique.

Commentaires

Voir commentaires sous l'article 42.

Article 41

I. - Toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs.

Un moyen de communication électronique est un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

II. - Toutefois, l'acheteur n'est pas tenu d'exiger l'utilisation de moyens de communication électronique dans les cas suivants :

1° Pour les marchés publics mentionnés à l'article 30 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ;

2° Pour les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés à l'article 28 ;

3° Lorsque, en raison de la nature particulière du marché public, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ;

4° Lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui

ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'acheteur ;

5° Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément ;

6° Lorsque les documents de la consultation exigent la présentation de maquettes, de modèles réduits, de prototypes ou d'échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique ;

7° Lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication que les moyens électroniques est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation d'outils et de dispositifs électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par d'autres moyens d'accès au sens du IV de l'article 42. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent les raisons pour lesquelles ils ont exigé d'autres moyens de communication que des moyens électroniques dans le rapport de présentation mentionné à l'article 105. Pour les entités adjudicatrices, cette information figure parmi les documents conservés en application de l'article 106.

III. - Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Commentaires

Voir commentaires sous l'article 42.

Article 42

I. - Les dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques ainsi que leurs caractéristiques techniques ne sont pas discriminatoires et ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation. Ils sont communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées.

Les outils et les dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique répondent à des exigences minimales déterminées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

II. - L'acheteur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non-discriminatoire selon des modalités fixées par l'arrêté mentionné au I. Les frais d'accès au réseau restent à la charge de l'opérateur économique.

Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures, des offres et des demandes de participation et à garantir que l'acheteur ne prend connaissance de leur contenu qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation.

III. - L'acheteur peut, si nécessaire, exiger l'utilisation d'outils et de dispositifs qui ne sont pas communément disponibles, tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires.

Dans ce cas, l'acheteur offre d'autres moyens d'accès au sens du IV, jusqu'à ce que ces outils et dispositifs soient devenus communément disponibles aux opérateurs économiques.

IV. - L'acheteur est réputé offrir d'autres moyens d'accès appropriés dans tous les cas suivants :

1° Lorsqu'il offre gratuitement un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique à ces outils et dispositifs à partir de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, à compter du lancement de la consultation. Le texte de l'avis ou de l'invitation à confirmer l'intérêt précise l'adresse internet à laquelle ces outils et dispositifs sont accessibles ;

2° Lorsqu'il veille à ce que les opérateurs économiques n'ayant pas accès à ces outils et dispositifs ni la possibilité de se les procurer dans les délais requis, à condition que l'absence d'accès ne soit pas imputable à l'opérateur économique concerné, puissent accéder à la procédure de passation du marché public en utilisant des jetons provisoires mis gratuitement à disposition en ligne ;

3° Lorsqu'il assure la disponibilité d'une autre voie de présentation électronique des offres.

Commentaires groupés des articles 39 à 42

Dématérialisation de la remise des documents de la consultation - La mise à disposition gratuite et dématérialisée des dossiers de consultation reste le principe pour toutes les procédures de passation pour des marchés d'un montant supérieur ou égal à 90 000 € HT, et ce dès la publication, l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt de la consultation en cas d'appel à manifestation d'intérêt, et l'envoi de la lettre de consultation dans les procédures restreintes.

Des exceptions sont toutefois admises pour les motifs précisés à l'article 41-II et devant être explicités dans le rapport de présentation (PA) ou les documents de consultation (EA), à savoir :

- pour les marchés relevant des procédures négociées sans mise en concurrence pour des marchés inférieurs aux seuils européens ;
- pour les marchés relevant des procédures adaptées pour les services sociaux et spécifiques ;
- en cas de nécessité d'utilisation d'outils, dispositifs, équipements spécialisés ou formats particuliers non communément disponibles, ou soumis à licence propriétaire ne permettant pas les téléchargements ou accès à distance ;
- en cas de motifs liés à la sécurité, à la protection des données exigeant un degré de protection extrêmement élevé.

Bien entendu, il peut également être dérogé au principe d'échanges électroniques pour la remise de maquettes, modèles réduits, prototypes et échantillons.

Impact du choix de mode de transmission - L'article 40 impose aux opérateurs économiques d'appliquer le même mode de transmission que celui retenu initialement. Une telle mesure risque néanmoins de causer des difficultés dans la mesure où en cas de demande de compléments ou précisions de la part de l'acheteur, y compris par courriel, cela imposerait aux entreprises de répondre par voie papier si tel a été le choix initial. Il semble dès lors nécessaire que le règlement de consultation autorise les échanges électroniques initiés par l'acheteur.

Généralisation programmée des échanges électroniques - Concernant les procédures de passation, mais pas encore les procédures d'exécution, les communications et les échanges d'informations peuvent, sans que cela soit encore obligatoire, être effectués par voie électronique. Sauf motifs dûment justifiés listés ci-dessus (art. 41-III), ces échanges d'informations et les communications dans les marchés publics devront se faire par voie dématérialisée dès le 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achats, et au 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs.

Accessibilité des dispositifs électroniques - Selon des exigences minimales définies par arrêtés ministériels, les outils et dispositifs

de communication et d'échanges d'informations par voie électronique doivent assurer le libre accès non discriminatoire des opérateurs économiques à la consultation, la confidentialité et la sécurité des transactions, le respect de l'intégrité des informations.

Toutefois, l'article 42-III permet d'imposer, « si nécessaire », des outils et dispositifs particuliers non communément disponibles, notamment pour les modélisations électroniques de données, sous réserve de permettre d'autres moyens d'accès, ce qui restera probablement à mettre en œuvre.

Présomption de mise à disposition de moyens d'accès appropriés - Pour limiter les discussions notamment contentieuses, l'article 42-IV pose le principe de l'adéquation des moyens de communication électronique en cas d'égal accès gratuit, direct et complet aux documents de consultation dès son lancement, ou à défaut non imputable aux opérateurs économiques, en cas d'ouverture d'accès temporaires adaptés et non pénalisants en terme de délais, ou enfin, en cas d'un accès par une autre voie (sous réserve des motifs de dérogation déjà évoqués).

Références

Textes

CMP 2006, art. 41 et 56.

Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics - NOR : ECEM0929046A - JO du 20 décembre 2009.

Conseils pratiques

À éviter

- Limiter les accès par voie dématérialisée aux documents d'une consultation et aux documents annexes (études diverses, plans d'urbanisme).
- Mettre à disposition des fichiers imposant l'utilisation de logiciels pas nécessairement « communément accessibles », sans version lisible, notamment sur des « viewer ».

Recommandations

- S'ouvrir à la mise en œuvre de tous les communications par voie électronique, y compris pour les négociations, permettant de supprimer les surcoûts et les délais liés à des échanges par courriers recommandés avec accusé de réception, ou l'utilisation des télécopies, technologie en cours d'abandon.
- Étendre le bénéfice des échanges électroniques à toutes les procédures formalisées ou non, y compris les demandes de devis.
- Étendre le bénéfice des échanges électroniques à l'exécution des marchés.
- Autoriser les échanges électroniques initiés par l'acheteur même en cas de candidature ou d'offre papier déposée par un opérateur économique.

Section 2 : Délais de réception des candidatures et des offres

Article 43

I. - L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre.

En procédure formalisée, ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure décrite aux articles 66 à 76 et, lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un

profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées au II de l'article 39, le délai minimal de réception des offres est augmenté de cinq jours, sauf urgence dûment justifiée.

II. - Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché public ou après consultation sur place de documents complémentaires, les délais de réception des offres sont suffisants pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres.

III. - Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :
1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus au III de l'article 39 ;
2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

IV. - Les candidatures et les offres reçues hors délai sont éliminées.

Commentaires

Calcul des délais de réception des candidatures et offres

- Si, pour chacune des procédures de passation des marchés, des délais de candidatures et d'offres sont prescrits (pouvant éventuellement être réduits en cas d'avis électronique ou d'envoi de dossier de la même manière), l'article 43 rappelle le caractère minimal de ces délais qu'il est nécessaire d'adapter en fonction de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les réponses aux consultations. En particulier, en cas de visite des lieux d'exécution ou de consultation sur place de documents, les délais doivent être suffisants pour permettre l'établissement d'une offre de qualité.

Paradoxe du raccourcissement des délais de procédure

- Dans un souci compréhensible de réduire les délais de procédure, les directives « Marchés » ont réduit les délais prescrits en 2004 (délai de 52 jours pour les appels d'offres passant à 35 jours), des réductions supplémentaires de 5 jours pouvant être appliquées non plus en cas d'envoi de l'avis d'appel à

la concurrence par voie électronique, mais « si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ». Même si ces délais sont des délais minimaux, ils sont communément pratiqués comme des délais maximaux par les acheteurs. Pour autant, ces réductions de délais sont le plus souvent vécues par les opérateurs économiques comme des contraintes d'organisation peu compatibles avec la préparation d'offres de qualité sur le plan technique, et bien étudiées au niveau des prix compte tenu des risques financiers que font courir certaines imprécisions des cahiers des charges, des délais d'exécution également de plus en plus contraints et des modalités de rémunération très souvent forfaitaires dont il est extrêmement délicat de s'extraire par voie d'avenant (voir commentaires de l'article 139 sur les modifications autorisées des contrats). En outre, il faut aussi faire le constat du caractère souvent saisonnier des consultations, nombre d'entre elles étant lancées avant des périodes de congés pour permettre l'analyse des offres au retour des agents concernés des acheteurs... Il n'est pas rare que les opérateurs économiques demandent des prolongations de délai : le juge administratif a cru bon de considérer comme irrégulière l'augmentation des délais ainsi sollicitée ne répondant pas précisément aux cas prévus par la réglementation (CAA Marseille, 19 décembre 2011, Institut médico-éducatif départemental Bariquand-Alphand, req. n° 09MA02117). Pour autant, et de plus en plus en raison de pratiques de délais très réduits, le juge sera amené à examiner le moyen tiré de l'insuffisance du délai imposé (CAA Bordeaux, 30 juin 2014, Spie Ouest-Centre, req. n° 12BX00983).

Enfin, des délais trop courts pourraient également être de nature à donner un avantage au candidat « sortant », bénéficiant sinon d'informations spécifiques sur le marché qu'il faut néanmoins communiquer à tous les concurrents, du moins d'une connaissance opérationnelle permettant de rendre sa réponse plus efficiente dans un délai contraint.

Conditions de validité de l'augmentation des délais initiaux

- Les délais de remise des offres peuvent être augmentés dans les conditions analysées strictement (voir CAA Marseille, 19 décembre 2011 préc.), et de manière proportionnée au regard des circonstances. Ce peut être en cas de nécessité de consulter sur place un nombre important de documents à caractère confidentiel (CE 11 mars 2013, Société Aéromecanic, req. n° 364827).

DÉLAIS DE PROCÉDURE

PROCÉDURES DÉLAIS DE REMISE	TYPES D'ACHETEURS	APPEL D'OFFRES OUVERT	APPEL D'OFFRES RESTREINT		PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NEGOCIATION		DIALOGUE COMPETITIF	
		Candidatures et offres	Candidatures	Offres	Candidatures	Offres	Candidatures	Offres
Délais ordinaires	Pouvoirs adjudicateurs	35 jours	30 jours	«30 jours (ou pour les autorités publiques autres que centrales délai fixé d'un commun accord avec les candidats et à défaut d'accord, 10 jours)»	30 jours	30 jours	30 jours	Délai librement fixé par l'acheteur
	Entités adjudicatrices	35 jours	15 jours	«Délai fixé d'un commun accord avec les candidats En l'absence d'accord, 10 jours»	15 jours	«Délai fixé d'un commun accord avec les candidats En l'absence d'accord, 10 jours»	30 jours	Délai librement fixé par l'acheteur
Délais en cas d'avis de pré-information (si publié entre 35 jours et 12 mois avant)	Pouvoirs adjudicateurs	15 jours	Pas de réduction possible	10 jours	Pas de réduction possible	10 jours	Pas de réduction possible	
	Entités adjudicatrices	15 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	

DÉLAIS DE PROCÉDURE

PROCÉDURES DELAIS DE REMISE	TYPES D'ACHETEURS	APPEL D'OFFRES OUVERT	APPEL D'OFFRES RESTREINT		PROCEDURE CONCURRENTIELLE AVEC NEGOCIATION		DIALOGUE COMPETITIF	
		Candidatures et offres	Candidatures	Offres	Candidatures	Offres	Candidatures	Offres
Délais en cas d'avis périodique indicatif (si publié entre 35 jours et 12 mois avant)	Pouvoirs adjudicateurs	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	-	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	-	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	Pas de réduction possible	
	Entités adjudicatrices	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	-	-	-	-	Pas de réduction possible	
Délais lorsque l'acheteur accepte que les offres soient soumises par voie électronique	Pouvoirs adjudicateurs	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	Pas de réduction possible	
	Entités adjudicatrices	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	Pas de réduction possible	
Délais en cas d'urgence	Pouvoirs adjudicateurs	15 jours	15 jours	10 jours	15 jours	10 jours	Pas de réduction possible	
	Entités adjudicatrices	15 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	

Références

Textes

CMP 2006, art. 57, 60, 62.

Jurisprudence

CE 11 mars 2013, Société Aéromecanic, req. n° 364827 (Marché négocié de la Défense - Prestations de maintenance des hélicoptères PUMA - Possibilité pour le pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de se déplacer sur place pour prendre connaissance des documents nécessaires à l'élaboration de leur offre compte tenu de leur volume et de leur caractère confidentiel - Consultation des documents organisée sur une semaine identifiée avec possibilité de solliciter un rendez-vous à une autre période - Caractère suffisant de ces modalités ce d'autant plus que les représentants de la requérante ne sont restés que 3 heures pour consulter les documents alors qu'ils disposaient d'une journée entière - Organisation d'une seule réunion de négociation suffisante au vu des documents de la consultation).

CAA Marseille, 19 décembre 2011, Institut médico-éducatif départemental Bariquand-Alphand, req. n° 09MA02117 (Irrégularité de la prolongation du délai de remise des offres à la demande d'une entreprise ne répondant pas aux exigences réglementaires permettant une telle augmentation)

CAA Bordeaux, 30 juin 2014, Spie Ouest-Centre, req.n° 12BX00983 (Validité du délai de remise des offres au regard des exigences de la consultation et des possibilités de prise de connaissance des éléments nécessaires à la remise d'une offre).

Conseils pratiques

À éviter

- Appliquer systématiquement les délais réduits et minimaux autorisés.
- Publier dans les périodes de congés annuels avec des délais courts.

Recommandations

- Prendre en compte la diversité des qualifications requises pour permettre aux opérateurs de constituer les groupements appropriés.
- Prendre en compte la complexité des réponses au regard du contenu du

mémoire technique imposé et des prix (BPU ou DPGF) pour déterminer les délais de réponse.

- Anticiper les possibilités d'augmentation de délai de remise des offres en fonction des compléments d'information, des modifications des documents de consultation.
- Décompter les délais de remise des offres après la date effective des visites des lieux d'exécution lorsqu'elle est obligatoire.

Section 3 : Sélection des candidats

Sous-section 1 : Conditions de participation

Article 44

I. - Les conditions de participation mentionnées au I de l'article 51 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

Lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

II. - En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, l'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques soient inscrits sur un registre professionnel.

III. - En ce qui concerne la capacité économique et financière, l'acheteur peut notamment exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché public.

Le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché public ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur à ce plafond est exigé figurent dans les documents de la consultation ou, à défaut :

1° Sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné à l'article 105 pour les pouvoirs adjudicateurs ;

2° Sont conservées dans les conditions de l'article 106 pour les entités adjudicatrices.

En cas de marché public alloti, ce plafond s'applique pour chacun des lots. Toutefois, l'acheteur peut exiger un chiffre d'affaires annuel minimal pour des groupes de lots, dans l'éventualité où un titulaire se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps.

Pour les accords-cadres, ce plafond est calculé sur la base du montant total maximal des marchés subséquents ou des bons de commande dont l'exécution par un même titulaire pourrait être effectuée concomitamment ou, si ce montant ne peut être estimé, sur la base de la valeur totale estimée des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre ou des bons de commande susceptibles d'être attribués à un même titulaire pendant la durée de validité de l'accord-cadre.

Pour les systèmes d'acquisition dynamique, ce plafond est calculé sur la base de la valeur totale estimée des marchés spécifiques envisagés pendant la durée totale du système.

L'acheteur peut en outre exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif. Dans ce cas, il précise, dans les documents de la consultation, les méthodes et les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il appliquera pour prendre en compte ces informations.

Il peut également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

IV. - En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, l'acheteur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié. À cette fin, dans les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question.

L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.

V. - L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché public.

Commentaires

Détermination des conditions générales de participation - Les conditions de participation doivent être fixées dans l'avis d'appel à la concurrence (ou dans la lettre de consultation faute d'avis) ou dans les documents de consultation, avec les modes de preuve appropriés.

Peuvent être exigés des niveaux minimaux de capacité, de chiffres d'affaires

(2 fois le montant du marché, du lot ou du groupement de lots pouvant être attribués, sauf dérogation motivée). Ces exigences doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché. Un niveau d'expérience suffisant peut être exigé notamment à travers la production de références pertinentes ; l'absence de référence ne permet toutefois pas, à elle seule, de pouvoir justifier l'élimination d'une candidature.

Pour certaines prestations impliquant un savoir-faire particulier, l'acheteur est désormais autorisé à demander les « noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution des prestations », renseignements qui, antérieurement, ne pouvaient en principe être exigés qu'au stade de l'offre. Cette possibilité, à rapprocher de la disposition comparable pour les offres (art. 57), semble toutefois pertinente pour la sélection de candidatures en procédure restreinte : la sélection des équipes candidates pourrait donc se faire sur des critères de savoir-faire, d'efficacité, d'expérience et de fiabilité dès ce stade, ce qui en pratique est tout de même assez régulier pour les marchés de prestations intellectuelles notamment. Dans ce cas, au stade de l'offre, l'attention sera davantage axée sur les modalités d'intervention des intervenants et leur coordination, surtout en cas de groupement.

L'appréciation des capacités s'apprécie globalement en cas de groupement d'opérateurs économiques.

Les articles suivants précisent les conditions de mise en œuvre des conditions de sélection des candidats.

Références

CMP 2006, art. 45.

Conseils pratiques

À éviter

- Fixer des exigences disproportionnées notamment sur le plan des qualifications professionnelles et techniques au regard du marché, au risque de devoir le déclarer infructueux faute de candidats disposant de toutes les exigences requises.
- Fixer des niveaux de chiffres d'affaires minimaux pour des marchés de faible montant.

Recommandations

- Identifier les exigences de qualifications professionnelles indispensables à l'exécution qualitative des prestations envisagées.
- Imposer des chiffres d'affaires minimaux en cas de risque d'attribution d'un nombre important de lots à un même opérateur économique et/ou limiter le nombre de lots pouvant être attribués à un même opérateur en fonction d'autres critères objectifs (moyens humains et matériels disponibles pour l'exécution du marché).

Sous-section 2 : Groupements d'opérateurs économiques

Article 45

I. - Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés publics. Pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, l'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée.

Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public.

Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public.

Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par un mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché public.

II. - L'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché public que dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

III. - Dans les deux formes de groupements mentionnées au I, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.

Si le marché public le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché public, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur.

IV. - Sans préjudice du I de l'article 50 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché public. Toutefois, en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition ou, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander à l'acheteur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation en proposant, le cas échéant, à l'acceptation de l'acheteur, un ou plusieurs nouveaux membres du groupement, sous-traitants ou entreprises liées. L'acheteur se prononce sur cette demande après examen de la capacité de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants ou entreprises liées présentés à son acceptation, au regard des conditions de participation qu'il a définies.

V. - Les documents de la consultation peuvent interdire aux candidats de présenter pour le marché public ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois :

1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;

2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

VI. - Pour les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement, à condition de l'avoir mentionné dans les documents de la consultation.

Commentaires

Principe de liberté des groupements - L'article 45 du décret pose le principe de la libre présentation des candidatures, soit individuelles, soit en groupement. À l'inverse, l'acheteur public ne peut imposer, depuis la réforme du Code des marchés publics de 2001, la présentation de candidatures groupées.

Groupements et pratiques anticoncurrentielles des acheteurs ou des opérateurs économiques - La liberté de groupement d'entreprises entraîne le risque de multiplication des pratiques anticoncurrentielles. Vis-à-vis des opérateurs économiques, ce risque peut être en partie limité en interdisant qu'un même candidat puisse être mandataire de plusieurs groupements. De même, il est possible, en le précisant dans

l'avis d'appel à la concurrence ou le règlement de consultation, d'interdire des candidatures multiples : les motifs de cette interdiction devront être précisés ou du moins consciemment retenus, des entreprises très spécialisées pouvant être présentes dans plusieurs groupements (économiste, acousticien, informaticien reconnu) sans pour autant être génératrices de pratiques anticoncurrentielles.

En ce qui concerne l'acheteur public, en tentant d'échapper à l'obligation d'allotissement, le regroupement de prestations distinctes, et même parfois disparates, au sein d'un même marché (maîtrise d'œuvre ou assistance à maîtrise d'ouvrage très élargies) imposent de facto la constitution d'importants groupements momentanés d'opérateurs, excluant de nombreux autres qui ne sont pas dans le « tour de table » de départ, parfois anticipé, pour une opération déterminée.

Principe d'intangibilité du groupement et exceptions - L'article 45 pose le principe de l'intangibilité des candidatures, impliquant notamment l'impossibilité de modifier la candidature entre la phase de remise des candidatures et celle de remise des offres.

Toutefois, l'article 45 contient une souplesse particulière. La composition d'un groupement peut être modifiée entre la remise des candidatures et la date de signature du marché dans les cas suivants :

- un des membres du groupement est concerné par un motif d'exclusion (art. 50-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015) ;
- en cas d'opération de restructuration d'entreprises ;
- en cas d'impossibilité de l'un des membres d'accomplir sa tâche pour des raisons extérieures, qu'il lui appartiendra de démontrer.

Les conditions de remplacement sont évidemment validées par l'acheteur public.

Répartition des prestations au sein d'un groupement

conjoint - Dans l'hypothèse d'un groupement conjoint, la répartition détaillée des prestations doit en principe figurer dans l'acte d'engagement, notamment pour permettre au pouvoir adjudicateur de procéder au paiement des prestations à chacun des co-titulaires. Cette répartition détaillée n'est toutefois possible que pour les marchés traditionnels, et pas pour les accords-cadres qui ne sont pas encore des marchés publics. Dans ces deux cas, ce ne sera qu'au stade du marché subséquent ou du bon de commande que la répartition précise des prestations et les montants correspondants seront connus. Le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 était venu apporter cette précision utile au dernier alinéa du paragraphe III de l'article 51 de l'ancien code, mais cette précision a de nouveau disparu, ce qui induira de retrouver les difficultés notamment de règlement des prestations en cas de problèmes d'exécution ou d'engagement de responsabilité.

Justification de la forme imposée du groupement - Le pouvoir adjudicateur peut imposer, s'il le précise dans l'avis d'appel à la concurrence, une forme particulière de groupement après attribution, conjoint ou solidaire (CAA Nancy, 18 février 2013, Société Clear Channel France, req. n° 11NC01821). Cette possibilité doit clairement être indiquée (CE 29 octobre 2007, Communauté d'agglomération du pays voironnais, req. n° 301065). L'acheteur public doit être à même de pouvoir démontrer, lorsqu'il impose une forme de groupement, que cette « transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché ».

Identification d'un membre du groupement pour la réalisation d'une tâche essentielle - Pratique courante jusqu'à présent non consacrée par la réglementation, l'article 45 permet d'imposer la réalisation de tâches essentielles identifiées à l'un des membres du groupement, y compris pour les travaux de pose ou d'installation pour des marchés de fournitures.

Convention de groupement momentané - En marge de la réglementation, mais de manière induite, les membres du groupement momentané d'entreprises doivent définir leurs obligations mutuelles et les modalités de leurs relations dans une convention de cotraitance (définition des modalités d'un retrait d'un des membres avant ou après signature du marché, défaillance d'un des membres ou du mandataire, modalités tech-

riques et financières de la coordination du groupement, gestion des sous-traitants...). À défaut, en cas de litige, la répartition des responsabilités et des conséquences financières qui en découlent sera délicate à établir. Un certain nombre de modèles de conventions de groupements conjoints ou solidaires ont été élaborés notamment dans le domaine des travaux (Fédération nationale des travaux publics, Syndicat national du second œuvre...), des prestations intellectuelles (notamment celles élaborées par l'ordre des architectes, ou Syntec Ingénierie pour les missions de maîtrise d'œuvre « bâtiments neufs » et « réutilisation ou réhabilitation d'ouvrages de bâtiments ») mais aussi pour certains contrats particuliers (voir par exemple le contrat type de groupement momentané pour un contrat de conception-réalisation établi par EGFBT et Syntec Ingénierie, ou pour la réalisation d'un contrat de performance énergétique, élaboré par la Fedene et Syntec Ingénierie) et restent à adapter spécifiquement pour chaque type de groupements dans les autres domaines d'intervention.

Jugement des litiges entre les membres d'un groupement - Pendant longtemps, il a été considéré que « le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé » (TC 24 novembre 1997, Société de Castro c/ Bourcy, n° 3060 ; CE, 30 juin 1999, Commune de Voreppe, req. n° 163435.). De sorte qu'en présence d'une convention de groupement d'entreprises relevant du droit privé, le juge administratif n'était donc pas compétent pour trancher un litige entre membres d'un même groupement d'entreprises.

Dans un souci d'unification du contentieux d'exécution des marchés publics, le Tribunal des conflits a souhaité imposer la compétence du juge administratif pour toutes les actions en garantie au sein d'un même groupement, même lié par une convention de droit privé, y compris dans le cadre d'un litige les opposant à un assureur subrogé dans les droits d'un maître d'ouvrage public (T. confl. 9 février 2015, Société ACE European Group Limited, n° 3983).

Références

Textes

CMP 2006, art. 51.

Ord. 23 juillet 2015, art. 50.

Jurisprudence

T. confl. 9 février 2015, Société ACE European Group Limited, req. n° 3983 (Compétence du juge administratif pour connaître des litiges entre les membres d'un groupement d'entreprises si le marché indique la répartition des prestations ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les membres du groupement sont liés par un contrat de droit privé).

CAA Nancy, 18 février 2013, Société Clear Channel France, req. n° 11NC01821 (Possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'obliger l'attributaire du contrat à se transformer en un groupement solidaire).

CE 11 juillet 2008, Société Norpac, req. n° 275289 (Étendue et limite de la solidarité d'un groupement - Effet de la répartition des tâches annexées au marché).

Conseils pratiques

À éviter

- Imposer des groupements solidaires pour des prestations relevant de métiers différents, cela ne protégeant pas l'acheteur public - contrairement à une idée reçue.
- Imposer la solidarité d'exécution à des membres du groupement ne disposant des capacités à pouvoir les assumer directement ou indirectement.

Recommandations

- Avoir une analyse précise sur la nature du groupement souhaité le plus

adapté aux conditions d'exécution du contrat.

- Toujours imposer un mandataire solidaire ayant la capacité juridique, technique et financière d'assurer l'exécution du marché en cas de défaillance d'un des membres du groupement et disposant des assurances professionnelles correspondantes.
- Faire préciser en annexe de l'acte d'engagement la répartition des missions pour les groupements conjoints bien que le décret ne l'impose plus.

Sous-section 3 : Système de qualification pour les entités adjudicatrices

Article 46

I. - Les entités adjudicatrices peuvent établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques afin de présélectionner des candidats jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations.

Elles peuvent recourir à un système de qualification établi par un tiers. Elles en informent les opérateurs économiques intéressés.

II. - Pour établir un tel système, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification dans les conditions fixées à l'article 36. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics. Il mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

L'entité adjudicatrice notifie à l'Office des publications de l'Union européenne tout changement de la durée du système en utilisant :

1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;

2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système de qualification.

III. - Le système de qualification peut comprendre plusieurs stades de qualification.

L'entité adjudicatrice établit des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés et des règles et critères objectifs de fonctionnement du système de qualification, portant sur des aspects tels que l'inscription au système, la mise à jour périodique des qualifications et la durée du système. Parmi ces critères, peut être retenue la capacité des candidats à respecter des spécifications techniques au sens de l'article 6. Ces règles et ces critères peuvent au besoin être mis à jour.

IV. - Les entités adjudicatrices veillent à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés. Les règles et les critères de qualification leur sont communiqués sur leur demande. La mise à jour des règles et des critères est communiquée à tous les opérateurs économiques intéressés.

Les opérateurs économiques sont informés des décisions relatives à leur qualification dans les conditions de l'article 100.

V. - Les entités adjudicatrices ne peuvent mettre fin à la qualification d'un opérateur économique que pour des raisons fondées sur les règles et critères mentionnés au III. L'intention de mettre fin à la qualification est préalablement notifiée à cet opérateur, par écrit motivé, au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification.

VI. - Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé. Il peut être divisé en catégories par type de marchés publics pour la réalisation

desquels la qualification est valable.

VII. - Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure négociée avec mise en concurrence préalable dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

VIII. - Lorsque des frais sont facturés pour les demandes de qualification, pour la mise à jour ou la conservation d'une qualification déjà obtenue en vertu du système, ils sont proportionnés aux coûts occasionnés.

Commentaires

Pratique du système de qualification - Constituant une spécificité du régime des marchés des seules entités adjudicatrices, l'article 46 définit un système de présélection d'entreprises susceptibles de réaliser des prestations données avec la publication d'un avis permettant ensuite de sélectionner les entreprises incluses dans le système de qualification par la mise en œuvre d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée.

S'apparentant au dispositif de manifestation d'intérêt suite à la parution d'avis périodiques indicatifs pour les entités adjudicatrices (art. 32), ce système constitue une véritable souplesse par rapport à l'obligation plus traditionnelle qu'ont les pouvoirs adjudicateurs de lancer régulièrement des procédures formalisées. Il se distingue d'ailleurs de l'avis périodique par son aspect pérenne sur une durée précisée dans l'avis d'information de la mise en place du système de qualification.

Pour assurer le respect du principe de l'égal accès à la commande publique, les opérateurs doivent pouvoir intégrer le système lorsqu'ils en font la demande. En outre, les règles et critères doivent être mis à jour et communiqués à tous opérateurs intéressés.

Références

Textes

CMP 2006, art. 152.

Ord. 23 juillet 2015, art. 51.

Conseils pratiques

À éviter

- La multiplication des procédures de consultation pour les besoins réguliers identifiés.

Recommandations

- Mettre en place une cartographie des achats permettant la mise en place d'un système de qualification.
- Générer une mise en concurrence efficace et régulière avec les opérateurs économiques les plus intéressés s'étant manifestés dans le cadre du système de qualification.

Sous-section 4 : Réduction du nombre de candidats

Article 47

L'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

L'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invita-

tion à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Le nombre de candidats retenus est suffisant pour assurer une concurrence effective.

Toutefois, pour les pouvoirs adjudicateurs, en appel d'offres restreint, le nombre minimal est de cinq ; en procédure concurrentielle avec négociation et en dialogue compétitif, il est de trois. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises.

Commentaires

Limitation du nombre de candidats - Quelles que soient les procédures restreintes, y compris bien entendu en procédure adaptée, les acheteurs publics peuvent limiter le nombre de candidats pour la phase d'offres et de négociation, à condition de l'avoir prévu dès l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation, sur la base de critères objectifs et non discriminatoires. Contrairement au titre de la sous-section 4, il ne s'agit pas de la réduction du nombre de candidats (technique de l'élimination progressive en cours de procédure d'analyse d'offres), mais de la limitation du nombre de candidats admis à présenter une offre. Les deux techniques peuvent d'ailleurs parfaitement se combiner, toujours sous réserve de mention dans l'avis ou dans les documents de consultation.

Nombre minimal de candidats	Appel d'offres restreints	Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif	Procédure adaptée	Concours y/c de maîtrise d'œuvre	Conception-réalisation / CREM
Pouvoirs adjudicateurs	5	3	3	Libre	Libre	5
Entités adjudicatrices	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre

Références

Textes

CMP 2006, art. 60, 65.

Ord. 23 juillet 2015, art. 51.

Conseils pratiques

À éviter

- Généraliser les procédures ouvertes.
- Les fourchettes « minimum/maximum ».

Recommandations

- En procédure concurrentielle avec négociation et procédure adaptée, en fonction de l'objet du marché, prévoir un premier niveau de candidats maximum, pour éviter d'avoir un trop grand nombre d'offres à analyser compte tenu du temps imparti et du nombre de candidatures potentielles pas toujours très pertinentes.
- Combiner avec la technique de la négociation sélective avec réduction du nombre de participants.

Sous-section 5 : Présentation des candidatures

Article 48

I. - Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et notamment qu'il est en règle au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du Code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés ;

2° Les documents et renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat conformément à l'article 44.

II. - Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs. L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du marché public. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

III. - Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché public.

Commentaires

Pièces minimales exigées des opérateurs candidats - Une attestation sur l'honneur d'absence d'interdiction de soumissionner en application des articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et la production de certains documents dont la liste est limitativement fixée en application de l'article 50 du décret, permettent en principe de valider une candidature, du moins à ce stade, sous réserve des vérifications ultérieures notamment soit au stade de la sélection des candidatures en procédure restreinte, soit après l'analyse des offres comme la réforme de 2016 en donne désormais la possibilité (art. 68 du décret).

Prise en compte des capacités d'autres opérateurs que les candidats - Comme le prévoyait l'ancien article 45-III du code, l'article 48-II prévoit un dispositif concernant l'appréciation et les capacités d'autres opérateurs que les candidats. Ce dispositif se cale sur le droit communautaire qui donne depuis longtemps la possibilité de se prévaloir non seulement des capacités d'un sous-traitant mais également des capacités d'autres entités quelle que soit la nature juridique de leurs liens (convention ou partenariat pouvant exister dans le domaine de la coopération commerciale).

Bien que l'article 48-II ne reprenne pas exactement la précision, pourtant indispensable, que le candidat doit apporter la preuve qu'il dispose bien des moyens d'un ou de plusieurs autres opérateurs pour l'exécution du marché en cause, les autres opérateurs économiques doivent également justifier de leurs capacités, au vu des mêmes pièces, quelle que soit la nature juridique des liens qu'ils peuvent avoir avec le candidat principal.

En outre, et cela constitue une nouveauté dont la portée pratique n'est pas négligeable dans certains cas, l'obligation de solidarité jusque-là possible en cas de groupement est désormais étendue aux « opérateurs économiques concernés » et « dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du marché public ». La traduction juridique française de cette possibilité à préciser dans les documents de consultation continuera de concerner essentiellement les groupements momentanés d'entreprises, en fait en les suscitant dans des cas où des sous-traitances auraient pu être envisagées.

Références

Textes

CMP 2006, art. 43, 44 et 45.

Ord. 23 juillet 2015, art. 45.

Article 49

I. - L'acheteur accepte que le candidat présente sa candidature sous la forme d'un document unique de marché européen établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen susvisé, en lieu et place des documents mentionnés à l'article 48. Lorsqu'un opérateur économique utilise un document unique de marché européen électronique qui constitue un échange de données structurées, l'acheteur n'est tenu de l'accepter que pour les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et à compter du 1^{er} avril 2018 pour les autres acheteurs.

En ce qui concerne les conditions de participation, l'acheteur indique dans les documents de la consultation s'il autorise les candidats à se limiter à indiquer dans le document unique de marché européen qu'ils disposent de l'aptitude et des capacités requises sans fournir d'informations particulières sur celles-ci. En l'absence d'une telle mention, cette faculté n'est pas autorisée.

II. - Les opérateurs économiques peuvent réutiliser un document unique de marché européen qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition de confirmer que les informations qui y figurent sont toujours valables.

L'acheteur peut exiger que ce document soit rédigé en français. Dans ce cas, il l'indique dans les documents de la consultation.

Commentaires

Document unique de marché européen (Dume) - En application des dispositions des directives « Marchés », la Commission européenne a adopté un règlement d'exécution du 5 janvier 2016 établissant un formulaire unique européen pouvant être renseigné par tous les opérateurs économiques pour l'ensemble des marchés de l'Union. Les acheteurs ont l'obligation d'accepter ce formulaire pour toutes les consultations engagées depuis l'entrée en vigueur du règlement (26 janvier 2016) et, sous sa forme électronique, à partir du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achats et 1^{er} avril 2018 pour les autres acheteurs. Par contre, la production d'un Dume en français peut être imposée.

Toutefois, les acheteurs, sous réserve d'une mention spéciale dans les documents de consultation, peuvent autoriser les opérateurs à se contenter de produire le Dume pour indiquer qu'ils disposent des capacités requises. En pratique, la pratique risque d'être l'inverse, à savoir que le Dume ne pourra que rarement servir de seul document satisfaisant pour bon nombre d'acheteurs qui voudront être rassurés par des preuves complémentaires de capacité.

Références

Textes

Règlement d'exécution 2016/7 du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen.

Sous-section 6 : Documents justificatifs et autres moyens de preuve

Article 50

Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Si le candidat s'appuie sur les capacités d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché public. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.

L'acheteur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

Commentaires

Liste limitative des pièces de candidature – L'article 50 renvoie, comme le faisait l'ancien article 45 du code de 2006, à une liste limitative des pièces pouvant être exigées, définie par arrêté. Toute demande complémentaire peut entraîner l'irrégularité de la procédure (CE 13 novembre 2002, OPHLM de la communauté urbaine du Mans, req. n° 245303 pour des attestations sur le recours à des salariés étrangers et CE, 21 novembre 2007, Département de l'Orne, req. n° 291411, concernant les justifications des arrêtés d'autorisation d'exploitation nécessaires pour réaliser les prestations objet du marché). Cet arrêté a été publié au JO le 31 mars 2016.

Références

Textes

CMP 2006, art. 45.

Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics - NOR : EINM1600215A - JO du 31 mars 2016

Jurisprudence

CJUE 22 octobre 2015, Impresa Edilux Srl, aff. C-425/14 (Principe d'égal accès à la commande publique et principe de proportionnalité – Possibilité pour un pouvoir adjudicateur de prévoir qu'un candidat ou un soumissionnaire puisse être automatiquement exclu d'une procédure d'appel d'offres du fait de ne pas avoir déposé à l'appui de son offre une acceptation écrite des engagements prévus par une convention de légalité concernant la lutte contre la criminalité organisée et les distorsions de concurrence dans le secteur des marchés publics – Irrégularité de l'exclusion automatique de candidats ou de soumissionnaires qui se trouvent dans un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres candidats ou soumissionnaires allant au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires en méconnaissance du principe de proportionnalité).

CE 13 novembre 2002, OPHLM de la communauté urbaine du Mans, req. n° 245303 (Caractère limitatif des pièces à produire à l'appui des candidatures).

CE 21 novembre 2007, Département de l'Orne, req. n° 291411 (Irrégularité de la demande de la demande de production au stade des candidatures des autorisations réglementaires d'exploitation nécessaires à la réalisation des prestations objet du marché).

Conseils pratiques

À éviter

- Renvoyer à la totalité des pièces listées par l'arrêté d'application de l'article 50.
- Demander des pièces ne présentant pas un intérêt majeur pour la consultation (bilan des trois dernières années pour une prestation de services ou des fournitures habituelles).
- Demander des pièces en excès pour des procédures adaptées, induisant que le volume des dossiers de candidatures devienne plus important que le dossier d'offres.

Recommandations

- Choisir avec discernement les pièces utiles à analyser pour la consultation, comme notamment les certificats de qualification professionnelle en lien direct et proportionné avec l'objet du marché, pour chaque lot considéré (voir conseils pratiques sous l'article 44).
- Établir une liste type des pièces à solliciter en fonction des catégories de consultation.
- Mettre en œuvre la possibilité de demander les documents justificatifs et autres moyens de preuve au moment seulement de l'attribution, en application de l'article 68.

Article 51

I. - L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné aux 1^o et a et c du 4^o de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée un extrait de casier judiciaire.

Le candidat établi à l'étranger produit un extrait du registre pertinent ou, à défaut, un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de son pays d'origine ou d'établissement, attestant de l'absence de cas d'exclusion.

II. - L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 2^o de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents.

Le candidat établi à l'étranger produit un certificat établi par les administrations et organismes de son pays d'origine ou d'établissement.

III. - Le cas échéant, le candidat produit en outre les pièces prévues aux articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du Code du travail.

IV. - L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 3^o de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, la production d'un extrait du registre pertinent, tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement du candidat, attestant de l'absence de cas d'exclusion.

Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, le candidat produit la copie du ou des jugements prononcés.

V. - Lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs équivalents à ceux mentionnés au I à IV, ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les cas d'interdiction de soumissionner, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où une telle procédure n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant

une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de son pays d'origine ou d'établissement.

VI. - L'acheteur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

Commentaires

Notion de preuves suffisantes - L'article 51 donne une liste d'un certain nombre de documents considérés comme suffisants en terme de preuve comme notamment l'extrait du casier judiciaire (ou registre pertinent du pays d'origine), des certificats donnés par les administrations compétentes concernant les impôts et taxes (dont la liste est fixée par arrêté), les pièces visées au Code du travail, un extrait Kbis, ensemble de pièces traditionnellement exigées dans la commande publique. Une traduction en français pour les pièces émanant de pays tiers peut être exigée.

Les pièces exigées sont en principe visées et regroupées dans les déclarations des candidats en ligne sur le site du ministère de l'Économie et des Finances, que la jurisprudence a admis de pouvoir rendre obligatoires compte tenu de leur caractère aisément accessible et gratuit (CE 10 mai 2006, Syndicat intercommunal des services de l'agglomération Valentinoise, req. n° 286644). Dans un même souci, elle a également admis la régularité d'un simple renvoi au contenu du modèle DC5 pour la fixation de la liste des pièces exigées de la part des candidats (CE 21 novembre 2007, Département du Var, req. n°s 300992, 300993, 300994).

Références

Textes

CMP 2006, art. 45.

Arrêté du 31 janvier 2003 pris pour l'application de l'article 46 du Code des marchés publics et de l'article 8 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal - NOR : ECOM0200993A.

Jurisprudence

CE 21 novembre 2007, Département du Var, req. n°s 300992, 300993 et 300994 (Contenu de l'avis d'appel à la concurrence - Validité du seul renvoi aux formulaires DC4 et DC5 concernant les pièces exigées au stade la candidature).

CE 10 mai 2006, Syndicat intercommunal des services de l'agglomération Valentinoise, req. n° 286644 (Validité de l'utilisation obligatoire des formulaires de déclarations des candidats aisément accessibles et gratuits).

Article 52

Lorsqu'il demande à un candidat de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, l'acheteur accepte tout document équivalent d'un autre État membre de l'Union européenne. Il n'impose pas la fourniture de documents sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée, sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

Commentaires

Document équivalent d'un autre État membre de l'Union - L'acheteur public doit accepter tout document équivalent provenant d'un État membre, et peut imposer, à titre exceptionnel, la production d'originaux, de copies certifiées conformes ou traductions certifiées.

Article 53

I. - Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut 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, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

II. - L'acheteur peut prévoir, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation, que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables.

Lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achats et du 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs, dans le cadre des procédures formalisées, les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une précédente consultation et qui demeurent valables, même si celui-ci ne l'a pas expressément prévu.

Commentaires

Armoire électronique - Par souci de simplification de la phase candidature, et depuis le décret du 26 septembre 2014, les opérateurs économiques disposent de la possibilité de déposer dans des « armoires électroniques » l'ensemble des pièces nécessaires à l'appréciation de leurs candidatures, librement et gratuitement accessibles par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, sans que ces derniers puissent d'ailleurs s'y opposer. La mise en œuvre de cette mesure constitue une réelle simplification pour les entreprises qui n'ont dès lors qu'à mettre à jour leur dossier de candidature sur une seule plateforme électronique, à charge pour les organisateurs de la consultation de télécharger les documents dont ils souhaitent disposer.

Possibilité de mutualiser le dossier de présentation des entreprises - « Dites-le nous une seule fois » - Face à l'augmentation croissante du volume des dossiers de candidatures, éventuellement multipliés en cas de lancement de plusieurs consultations la même année par un même pouvoir adjudicateur, un certain nombre de pistes ont été envisagées pour simplifier cette phase du processus de consultation. C'est ainsi que la circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C) avait introduit une nouveauté qui ne figurait pas encore dans le Code des marchés publics et qui anticipait la future création d'« armoires électroniques » : la possibilité pour des opérateurs économiques de déposer un dossier unique de candidature valable pendant une période déterminée par le pouvoir adjudicateur, sous réserve évidemment de leur mise à jour, notamment pour les attestations fiscales et sociales tous les 6 mois. La mise en œuvre de cette possibilité restait délicate, en particulier concernant sa sécurité juridique, faute de base réglementaire.

Le décret du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics a remédié à cette absence de fondement réglementaire en prévoyant expressément l'introduction de cette possibilité, désormais définitivement consacrée par l'article 53-II du décret du 23 mars 2016, à savoir que l'acheteur public « peut prévoir dans l'avis d'appel à la concurrence ou les documents de consultation que les candidats ne sont pas tenus de fournir des documents et renseignements qui lui ont été déjà transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables ». Le nouveau décret reprend évidemment cette disposition de nature à limiter les lourdeurs de transmissions multiples de mêmes documents. Il est à craindre que certains services marchés, par facilité, préfèrent continuer de demander, procédure par procédure, l'intégralité des renseignements souhaités.

Conseils pratiques

À éviter

- Demander pour chaque procédure la production de toutes les pièces exigées, même celles ayant été précédemment transmises.

Recommandations

- Affirmer la possibilité de la pratique du « dites-le nous une fois ».
 - Établir un fichier des opérateurs répondant régulièrement aux consultations de l'acheteur.
 - Combiner cette possibilité avec celle de l'article 68 du décret permettant de ne demander les pièces qu'au stade de l'attribution pour limiter l'excès de formalisme dans la commande publique.
-

Article 54

Pour les marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs, les candidats inscrits sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un État membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes européennes en matière de certification peuvent présenter au pouvoir adjudicateur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à condition que ces opérateurs soient établis dans l'État membre qui a dressé la liste officielle. Ces certificats indiquent les références qui leur ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste.

L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les interdictions de soumissionner et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat. Toutefois, en ce qui concerne la vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat, un certificat supplémentaire peut être exigé lors de l'attribution du contrat.

Commentaires

Entreprises agréées ou certifiées sur liste officielle d'aptitude - Transposant les dispositions des directives « Marchés », l'article 54 du décret instaure la sélection de candidats fondée sur l'inscription sur une liste d'aptitude pour des entreprises agréées ou certifiées pour l'objet d'un marché. À l'instar d'un certificat de qualification professionnelle dans un domaine technique particulier, le dispositif implique une « présomption d'aptitude en ce qui concerne les interdictions de soumissionner et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat », un certificat supplémentaire pouvant être exigé pour la régularité fiscale et sociale.

Sous-section 7 : Modalités de vérification des conditions de participation

Article 55

I. - L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incom-

plètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous.

II. - L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions suivantes :

1° La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financières et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public ;

2° L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner ;

3° Toutefois, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, ces vérifications interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

III. - L'acheteur peut demander au candidat de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus.

IV. - Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Commentaires

Demande de complément des candidatures, vérification et effet après classement des offres - Issu de l'ancien article 52 du Code des marchés publics, l'article 55 refonde le dispositif de « complétude » du dossier de candidature, en intégrant la nouvelle possibilité de n'examiner ces différentes pièces qu'après le classement des offres (art. 68).

Demande de régularisation - Restant une simple possibilité, l'acheteur peut demander aux candidats des pièces ou des informations incomplètes. Le délai de 10 jours maximum disparaît au profit de la notion de « délai approprié et identique pour tous ». Au titre des disparitions opportunes, l'incongruité qui imposait d'informer les candidats ayant un dossier complet de la possibilité de... le compléter n'est plus mentionnée non plus. Rappel doit être également fait que pour assurer le respect des modes de preuve, le délai imposé par l'acheteur pour présenter les pièces manquantes court normalement à compter de la présentation à l'entreprise concernée de la lettre recommandée avec accusé de réception pour s'achever le jour et à l'heure indiqués. En pratique, les demandes sont souvent faites par télécopie, ou courrier électronique, ce qui ne semble pas juridiquement irrégulier dès lors qu'il n'y a pas de contestation de la part des entreprises sur ces délais ; il est préférable d'utiliser la voie électronique (par mail, le fax étant de moins en moins utilisé) et de les doubler d'un courrier. La preuve de la présentation du courrier devra être conservée par le service achat.

Étape de vérification d'aptitude - Désormais, l'acheteur peut décider de procéder à cette vérification des capacités professionnelles, économiques, financières et techniques non plus avant l'examen des offres, mais à tout moment y compris après classement, et au plus tard avant attribution (notification), sauf bien entendu en cas de procédure restreinte impliquant la

sélection des candidats avant l'envoi du dossier de consultation. L'absence de capacité ou l'absence de complément dans les délais impartis entraîne le rejet de la candidature.

Mise en œuvre des vérifications après classement des offres – Pour tenter de mettre fin aux multiples vérifications d'aptitudes avec un grand nombre de candidats et la perte de temps associée aux demandes de compléments de pièces, certaines catégories de marchés pourront conduire les acheteurs à se concentrer sur l'analyse des offres et ne procéder aux vérifications, souvent d'usage, des pièces du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché (art. 55-II.2 / art. 68). L'insuffisance de capacité ou l'absence de compléments dans le délai imparti entraîne le rejet de la candidature et le choix de l'offre classée immédiatement après celle écartée, sous réserve de la mise en œuvre de la même procédure de vérification, et ce autant de fois que nécessaire tant qu'il subsiste des candidatures recevables et des offres régulières, appropriées et acceptables.

Pour autant, les preuves concernant les éventuelles interdictions de soumissionner ne peuvent être exigées que du seul concurrent « désigné » après classement, à l'instar de l'ancien article 46 du Code des marchés publics.

Références

Textes

CMP 2006, art. 52.

Conseils pratiques

À éviter

- Continuer d'analyser un grand nombre de candidatures, facteur de coûts analytiques importants et d'allongement de délais.
- Imposer, dès le règlement de consultation, des délais de compléments de candidatures trop courts, surtout pour la phase post-classement des offres.
- Imposer des délais dans le règlement de consultation au risque qu'ils soient trop courts ce qui induit, en cas de dépassement, l'attribution des marchés à une entreprise classée, certes en deuxième position, mais peut être beaucoup plus chère et parfois également de moindre qualité. Ce risque juridique se monétarise facilement et toute erreur coûte à l'acheteur le différentiel de prix.

Recommandations

- Privilégier les demandes de complément de candidatures pendant l'analyse des offres pour ne la faire porter que sur les candidatures des concurrents les mieux placés et limiter les risques d'une candidature incomplète au moment de l'attribution.
- Adapter les demandes de compléments, en termes de délais « appropriés », en particulier à la période de l'année et la composition du groupement.
- Adapter les pratiques au regard de la nature et de l'importance du marché.

Section 4 : Invitation des candidats sélectionnés

Article 56

L'acheteur invite simultanément et par écrit les candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

En cas d'appel d'offres restreint, de procédure concurrentielle avec né-

gociation, de procédure négociée avec mise en concurrence préalable ou de dialogue compétitif, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes :

1° La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;

2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. Toutefois, dans le cas du dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue mais dans l'invitation à remettre une offre finale ;

3° Dans le cas du dialogue compétitif, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues utilisées ;

4° La liste des documents à fournir ;

5° La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation ;

6° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés au II de l'article 41, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

Commentaires

Liste des candidats admis – En procédure restreinte, les candidats admis à remettre une offre sont invités simultanément à remettre une offre sur la base du dossier de consultation qui leur est adressé comprenant le règlement de consultation.

Section 5 : Choix de l'offre

Sous-section 1 : Présentation des offres

Article 57

I. - Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.

II. - Dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation, l'acheteur peut demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché public qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises au sens de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 susvisée ou à des artisans au sens de l'article 19 de la loi du 5 juillet 1996 susvisée.

III. - L'acheteur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes ainsi que de tout document permettant d'apprécier l'offre. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les soumissionnaires, elles donnent lieu au versement d'une prime. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime reçue.

IV. - L'acheteur peut exiger que les soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils

remettent en application du présent article. Il n'impose pas de traduction certifiée sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

V. - Dans les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux soumissionnaires qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question, lorsque la qualité de l'offre est évaluée sur la base du savoir-faire, de l'efficacité, de l'expérience ou de la fiabilité de l'équipe dédiée à l'exécution du marché public.

Commentaires

Présentation des offres - Les offres, transmises en une seule fois, présentent, si l'acheteur le demande, la part de sous-traitance envisagée, dont une partie peut devoir l'être aux PME. L'usage du français peut être également imposé. Lorsqu'une offre doit être appréciée au regard d'un savoir-faire particulier, de l'efficacité, de l'expérience ou de la fiabilité d'une équipe, l'indication des personnes chargées de l'exécution peut être imposée : cette possibilité est également présente dès le stade de la candidature (art. 44-IV).

Modalités pratiques de mise en œuvre - La présentation d'échantillons, maquettes et prototypes peut être exigée dans toutes les procédures. Toutefois, certaines procédures peuvent être plus adaptées à la présentation de certains produits et notamment les essais et démonstrations qui peuvent s'avérer révélatrices des caractéristiques des produits selon les conditions d'usage. Notamment, il demeure délicat de concilier la procédure d'appel d'offres avec la présentation par les entreprises de leurs produits avant l'analyse des offres, malgré l'utilité que peuvent présenter ces pratiques. Le Conseil d'État a toutefois validé cette pratique sous réserve d'un encadrement strict (CE 26 juin 2015, Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP), req. n° 389124).

Il reste dès lors regrettable que l'article 57 n'organise pas davantage les modalités pratiques de mise en œuvre de cette possibilité. En particulier, il est nécessaire d'organiser les conditions de réception et de conservation des échantillons qui seront ensuite analysés : en cas d'endommagement constaté lors de la restitution éventuelle aux entreprises, une contestation peut naître quant aux conditions d'analyse portant sur des éléments éventuellement endommagés.

En cas de demande de prototype, il est recommandé de prévoir le paiement d'une indemnité couvrant les frais correspondants, pour d'une part permettre la présentation d'offres de meilleure qualité, mais également ne pas favoriser certains candidats dont les capacités économiques peuvent générer des ruptures d'égalité de traitement vis-à-vis d'autres concurrents.

Références

Textes

CMP 2006, art. 49.

Jurisprudence

CE 26 juin 2015, Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP), req. n° 389124, (Appel d'offres ouvert - Régularité de l'obligation imposée aux candidats par le pouvoir adjudicateur d'accomplir un essai des prestations objet du marché - Essai de nature à procéder à l'évaluation de la qualité technique des offres - Rappel de la méthode de notation adoptée pour l'évaluation des essais).

Conseils pratiques

À éviter

- Organiser des essais ou tests mal encadrés sur le plan du respect de

l'égalité de traitement des candidats.

- Imposer des remises gratuites pour tout ce qui n'est pas normalement admissible, au risque de favoriser certains candidats disposant de moyens beaucoup plus importants que les autres.

Recommandations

- Échantillons, essais et démonstrations : prévoir dans le règlement de consultation les conditions strictes de mise en œuvre, et respectueuses des principes d'égal accès à la commande publique et d'égalité de traitement.
- Pour les entreprises comme les acheteurs, en cas de remise d'échantillons, prévoir les conditions de constat lors de la livraison et s'assurer des conditions de stockage qui permettent d'assurer une bonne conservation et l'intégrité des éléments pour l'analyse de leur qualité.

Sous-section 2 : Variantes

Article 58

I. - Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

1° Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée :

a) Lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

b) Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

II. - L'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

III. - Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

IV. - Pour les marchés publics de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché public de services au lieu d'un marché public de fournitures ou à un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services.

Commentaires

Acceptabilité des variantes - Par principe dans les procédures formalisées des pouvoirs adjudicateurs, les variantes sont interdites sauf autorisation expresse dans l'avis d'appel à la concurrence ; dans tous les autres cas, les variantes sont par principe autorisées.

Si le refus des variantes est souvent motivé par le refus de perdre du temps dans la procédure en analyse complexe, ou la crainte de ne pouvoir comparer des offres assez différentes, cette possibilité d'ouvrir aux variantes, y compris administratives et financières (montant de l'avance, délais d'exécution, contenu et durée des garanties techniques, caractéristiques techniques, méthodologies...) constitue une véritable source de propositions alternatives propres à répondre parfois davantage aux besoins des acheteurs publics.

En cas de variante autorisée, il est indispensable de préciser les exigences minimales devant être respectées et les conditions particulières de leur présentation, faute de quoi il sera impossible de les juger en respectant l'égalité de traitement (CAA Lyon, 11 octobre 2012, SAS Faurie, req. n° 11LY01982).

Question des variantes directes - Après avoir introduit en 2011 (décret n° 2011-1000 du 25 août 2011) la possibilité de présenter une variante sans offre de base, alors même que certaines entreprises ne peuvent concevoir que des propositions qui répondent à leur process et pas à des cahiers des charges plutôt fermés, le décret du 25 mars 2016 reste cette fois silencieux sur cette question. Pourtant, l'article 45 de la directive « Marchés » a bien introduit la possibilité pour les acheteurs d'imposer la présentation d'une offre de base avant de pouvoir présenter une variante, ce que le droit européen n'autorisait pas jusqu'en 2014. En tout état de cause, et dans la mesure où cela serait bien de nouveau possible, un opérateur économique ne peut déposer une offre variante non assortie d'une offre de base si le règlement de la consultation ne le permet pas (CAA Paris, 14 avril 2014, Société Paris Nord assurances services, req. n° 12PA03797).

Le développement de l'achat public qualitatif passe probablement par une plus grande réflexion des acheteurs sur la réelle définition de leurs besoins en termes de fonctionnalité et d'exigences minimales de leurs cahiers des charges, en ayant notamment recours au sourçage, et laissant ainsi plus de liberté pour les opérateurs économiques pour leurs propositions.

Enfin, il faut rappeler qu'en application de l'article 7 du décret, l'acheteur qui a défini une spécification technique par rapport à une norme ou un document équivalent ne peut rejeter une offre non conforme sur ce fondement si le soumissionnaire prouve le respect des exigences de manière équivalente (voir commentaires de l'article 7).

Régularité des variantes - Le règlement de consultation doit préciser les exigences minimales à respecter (TA Fort-de-France, ord. 5 juillet 2007, req. n° 0700432) ; l'irrégularité liée à l'imprécision de ces exigences minimales ne lèsera pas pour autant un opérateur si le choix a porté sur une offre de base (CE 3 décembre 2014, société Alho Systembau, req. n° 384180). Il semble possible d'indiquer dans le règlement de la consultation les deux hypothèses suivantes :

- indication des spécifications techniques minimales contenues à tel ou tel article ;
- l'ensemble du cahier des charges (tant les pièces administratives que techniques) constitue les exigences minimales que le soumissionnaire doit respecter : une entreprise pourra proposer une variante technique sous réserve qu'elle soit au moins équivalente à ce qui est demandé (TA Montpellier ord. 31 octobre 2007, Société Neuf Cegetel, req. n° 0704131).

Les variantes doivent respecter les exigences minimales décrites dans le règlement de la consultation, au risque de devoir être écartées dans le cas contraire (CE 30 juin 2014, Eiffage construction Pays de la Loire, req. n° 376504).

Présentation obligatoire de variantes - Pendant longtemps, et en raison d'une définition incluse dans l'instruction prise en application du Code des marchés publics de 2001, les spécifications techniques différentes pour parvenir au même résultat étaient qualifiées de variantes si elles étaient à l'initiative des entreprises, et d'options si elles étaient imposées par l'acheteur (CE, 5 janvier 2011, Société Technologie Alpine Sécurité et Commune de Bonneval, req. n°343206 et n°34214). Désormais - enfin -, « l'acheteur peut exiger la présentation de variantes », mais avec l'obligation de le mentionner dès l'avis d'appel à la concurrence, ou dans les documents de consultation à défaut d'un tel avis (art. 58-II). Cela permet d'harmoniser désormais les pratiques autour de ce vocable commun de variantes imposées, ce que le Conseil d'État a consacré récemment sous le vocable de « solutions alternatives » jugées sur la base des mêmes critères d'attribution (CE 21 octobre 2015, Communauté urbaine du Grand Dijon, req. n° 391311).

Options techniques sous silence - Malgré leur importance, les options, qualifiées de « prestations supplémentaires éventuelles - PSE » depuis un arrêt du Conseil d'État qui en a consacré l'existence (CE, 15 juin

2007, ministre de la Défense, req. n° 299391), ne font l'objet d'aucune reconnaissance réglementaire particulière. Comme les anciennes options (variantes imposées par l'acheteur) sont désormais intégrées sous le vocable de variantes, les options techniques sont donc des « PSE », pouvant être obligatoires ou facultatives selon les prescriptions du cahier des charges. Enfin, les « options » au sens européen, à savoir ce qui doit être mentionné dans les avis d'appel à la concurrence, sont les possibilités de conclure des avenants, des marchés complémentaires et des reconductions (même arrêt ministre de la Défense).

Références

Textes

CMP 2006, art. 50.

Jurisprudence

CE 21 octobre 2015, Communauté urbaine du Grand Dijon, req. n° 391311 (Notion d'option, de variante et de solution alternative - Appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché portant sur la réalisation d'enquêtes préalables aux projets d'investissement liés à l'écomobilité - Exclusion par le règlement de consultation des variantes et des options mais validité de la mention des solutions alternatives jugées sur la base des mêmes critères d'attribution).

CE 3 décembre 2014, société Alho Systembau, req. n° 384180 (Imprécision du règlement de consultation sur les exigences minimales qui devaient être respectées - Absence d'intérêt lésé au motif que le choix du pouvoir adjudicateur s'est porté sur une offre de base et non une variante).

CE 30 juin 2014, Eiffage construction Pays de la Loire, req. n° 376504 (Irrégularité d'une variante dont l'objet est contraire aux spécifications techniques prévues dans le CCTP - Vice de nature à affecter la régularité de la procédure).

CAA Paris, 14 avril 2014, Société Paris Nord assurances services, req. n° 12PA03797 (Variantes - Qualification d'une variante - Marché d'assurance - Irrégularité d'une offre variante sans accompagnement d'une offre de base).

CAA Lyon, 11 octobre 2012, SAS Faurie, req. n° 11LY01982 (Impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de prendre en considération des variantes en l'absence de précisions suffisantes dans les documents de la consultation sur la nature ou l'étendue de ces dernières - Annulation du marché public - Indemnisation de l'entreprise évincée de son manque à gagner).

Conseils pratiques

À éviter

- Rejeter par principe la possibilité de présenter des variantes.
- Rédiger des cahiers des charges trop fermés pour des prestations de services, fournitures.

Recommandations

- S'ouvrir à des cahiers des charges plus fonctionnels et intégrant des éléments provenant du sourçage.
- Accepter les variantes, même en les encadrant, pour faciliter leur présentation et limiter le nombre au regard des difficultés de jugement des offres.
- En cas de variante obligatoire, ne pas omettre de publier cette indication dès l'avis d'appel à la concurrence.

Sous-section 3 : Examen des offres

Article 59

I. - L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

II. - Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

III. - Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

IV. - La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres.

Commentaires

Examen des offres hors analyse - En dehors du constat d'une éventuelle interdiction de soumissionner, certaines offres présentent des caractères ne permettant pas de les juger (en fait, au travers d'une première analyse, certains aspects vont conduire à ne pas pouvoir les classer) selon la typologie suivante telle que définie par l'article 59-1 :

- offre irrégulière ;
- offre inacceptable ;
- offre inappropriée.

Nouvelle possibilité de demander la régularisation des offres irrégulières - Dans un souci d'atténuer les excès de formalisme pouvant être contreproductifs pour les opérateurs économiques et les acheteurs, l'article 59 ouvre des possibilités de régularisation pour les seules offres irrégulières dans les procédures d'appel d'offres, ou adaptées sans négociation pour les offres irrégulières et inacceptables, à l'issue de la négociation et du dialogue dans les autres procédures, et sous réserve d'une dernière régularisation des offres en fin de procédure, à condition de ne pas être anormalement basses.

Cela pourra concerner les signatures manquantes, les erreurs et caractères incomplets des bordereaux de prix, ce qui sera de nature à changer le sens de nombreuses décisions des juridictions administratives qui s'appuyaient sur la rigueur du texte précédent (voir par exemple : CE 21 novembre 2014, JFM Conseils, req. n° 384089 ou CE 12 mars 2014, Société JIPE Réunion, req. n° 373718).

Ces nouvelles possibilités paraissent d'autant plus opportunes à mettre en œuvre lorsque les cahiers des charges sont complexes et les délais de réponse laissés aux candidats particulièrement contraints, au détriment dès lors d'offres de qualité absolue. Mais la vigilance reste de mise dans la mesure où si la régularisation devient possible en appel d'offres, il ne pourra s'agir d'une négociation.

Restant une simple faculté (CE 25 mars 2013, Département de l'Hérault, req. n° 364824), concernant tous les soumissionnaires, éventuellement précisée dans le règlement de consultation, l'acheteur devra en préciser les modalités et obligatoirement le délai approprié, qui pourra dépendre de l'étendue des modifications concernées, étant rappelé que l'acheteur ne peut modifier lui-même les offres (même arrêt).

Sans que les modifications puissent avoir « pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres », les opérateurs seront bien entendu amenés à déposer de nouvelles offres régularisées et optimisées en conséquence sur le plan technique et financier. Cela rompt une fois de plus avec la réglementation antérieure permettant de ne demander que des précisions et sans possibilité d'introduire la moindre modification de l'offre. Cette possibilité concerne bien en effet toutes les hypothèses de régularisation, faisant l'objet d'un paragraphe IV couvrant tous les paragraphes (et donc cas de figure) précédents.

Références

Textes

CMP 2006, art. 35-I.1 et 53-III.

Jurisprudence

CE 9 novembre 2015, Société Autocars de l'île de Beauté, req. n° 392785 (Notion d'offre inacceptable et infructuosité - Appel d'offres ouvert ayant pour objet l'exploitation d'un service de transport scolaire - Annulation de la procédure de passation déclarée infructueuse par la CAO au motif que les offres seraient inacceptables ou irrégulières - Annulation de la procédure négociée ultérieure - Offres n'étant pas inacceptables au regard des dispositions de l'article 35-1).

CE 27 mars 2015, Société Groupe Progard France, req. n° 386862 (Marché négocié après appel d'offres infructueux suite à une offre inacceptable - Régularité d'une procédure négociée sur la base du même cahier des charges).

CE 21 novembre 2014, JFM Conseils, req. n° 384089 (Principe d'intangibilité de l'offre - Une demande de précisions sur une offre par le pouvoir adjudicateur n'est pas de nature à régulariser une offre incomplète tant que sa teneur n'est pas modifiée).

CE 12 mars 2014, Société JIPE Réunion, req. n° 373718 (Sélection des offres - Offre incomplète et irrégulière - Absence de renseignements d'une rubrique du bordereau de prix unitaire - Rejet de l'offre).

CE 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité, req. n° 372214 (Notion d'offre inacceptable - Marché en procédure adaptée - Méconnaissance d'une convention collective assimilable à la méconnaissance de la législation en vigueur).

CE 25 mars 2013, Département de l'Hérault, req. n° 364824 (Notion d'offre irrégulière - Interdiction pour le pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète et irrégulière de ce fait - Annulation de l'ordonnance de référé annulant la procédure au motif que les omissions sur le bordereau de prix résultaient d'une simple erreur matérielle en raison de l'existence d'un DQE complet fourni par la requérante et reprenant tous les postes - Impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de compléter lui-même l'offre d'une entreprise - Absence d'obligation pour le pouvoir adjudicateur de demander au candidat de préciser ou de compléter une offre irrégulière - Caractère irrégulier d'une offre issu du défaut de renseignement de tous les prix dans le bordereau de prix unitaire, et ce même en cas de déduction possible du prix manquant par le DQE - Refus de considérer le DQE comme un document engageant contractuellement l'entreprise).

Conseils pratiques

À éviter

- S'interdire, dans le règlement de consultation notamment, toute possibilité de demander des régularisations.
- Oublier de demander à tous les soumissionnaires concernés de régulariser.

Recommandations

- Prévoir dans le règlement de consultation la possibilité de demander la régularisation des offres dans les procédures sans négociation, permettant ainsi aux entreprises d'optimiser leurs réponses, et ce d'autant plus en présence de cahiers des charges particulièrement complexes et de délais parfois trop courts pour une réponse sans faille de premier niveau.
- Prévoir dans le règlement de consultation la possibilité que le délai approprié soit précisé dans la lettre invitant à la régularisation.
- Dresser la liste par opérateur des irrégularités relevées avec la possibilité de déterminer les impacts en termes de prix induits par la régularisation.

Sous-section 4 : Offres anormalement basses

Article 60

I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- 3° L'originalité de l'offre ;
- 4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

II. - L'acheteur rejette l'offre :

- 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ;
- 2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, social et du travail établies par le droit français, le droit de l'Union européenne, la ou les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail figurant sur une liste publiée au Journal officiel de la République française.

III. - L'acheteur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'acheteur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne.

Commentaires

Notion d'offres anormalement basses - La définition d'une offre anormalement basse ne résulte, curieusement, d'aucun texte particulier, tant national qu'euro-péen. Le juge administratif s'est toutefois essayé à cette délicate définition en considérant qu'une offre anormalement basse (OAB) est une « offre qui ne permettra pas d'exécuter le contrat jusqu'à son terme dans le respect des conditions du cahier des charges et du prix initialement convenu ou une offre financière, dénuée de toute réalité économique, révélant des pratiques de nature à fausser l'égalité entre les entreprises candidates » (cf. par exemple CAA Lyon 5 décembre 2013, Société AD Arnaud Demotion, req. n° 12LY01142, cons. 7).

L'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et l'article 60 du décret du 25 mars 2016, sans définir ce qu'est une offre anormalement basse, induisent le respect de quatre obligations majeures pour les acheteurs :

- **Détection** : induite par la condition suivante, l'acheteur doit se doter d'une méthode pour qu'à chaque consultation qu'il engage, il puisse être à même d'identifier les offres qui pourraient être considérées comme anormalement basses. Depuis longtemps d'ailleurs, le droit européen interdit à ce titre l'établissement des formules mathématiques préétablies (CJUE, 22 juin 1989, Société Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan, C-103/88). La cour du Luxembourg a toutefois nuancé la règle en estimant que l'application d'une formule mathématique ne pouvait être opposée sans demander des explications au soumissionnaire (CJCE 27 novembre 2001, Impresa Lobardini Spa et ANAS, aff. C-285-99 et Impresa Ing. Mantovani, aff. C-286-99). En outre, la Cour de l'Union a encore nuancé le principe d'interdiction des formules mathématiques « si une réglementation nationale ou locale ou encore le pouvoir adjudicateur concerné, du fait d'un nombre excessivement élevé d'offres qui pourrait obliger le pouvoir adjudicateur à procéder à la vérification, de manière contradictoire, d'un nombre d'offres si élevé que cela dépasserait sa capacité administrative ou serait susceptible, en raison du retard que cette vérification pourrait entraîner, de mettre en danger la réalisation du projet, fixaient un seuil raisonnable au-dessus duquel l'exclusion automatique des offres anormalement basses s'appliquerait » (CJCE 15 mai 2008, Secap SpA/ contre Comune di Torino, affaires jointes C-147/06 et C-148/06). Par ailleurs, lors de l'élaboration des directives « Marchés », la sensibilité de cette question a conduit à prévoir dans le projet soumis au Parlement européen (art. 69), des critères de détection finalement abandonnés dans les directives adoptées :

- prix ou coût facturé inférieur de plus de 50 % au prix ou coût moyen des autres offres ;
- prix ou coût facturé inférieur de plus de 20 % au prix ou coût de la deuxième offre la plus basse ;
- cinq offres au moins sont déposées.

La méthode du faisceau d'indice reste donc à privilégier, notamment lorsque l'offre serait de nature à compromettre la bonne exécution du contrat (CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, req. n° 354159), mais le prix particulièrement bas ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique de l'offre (même arrêt).

Sur la base de la fiche technique de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie (voir références ci-après), des précisions peuvent encore être apportées sur les éléments à prendre en compte :

- sous-évaluation de l'offre en raison d'un prix très bas ;
 - comparaison avec l'estimation de l'acheteur : mais cette méthode a été considérée comme irrégulière (CAA Lyon 5 décembre 2013, Société AD Arnaud Demotion, req. n° 12LY01142), au même titre que la notation du prix par rapport à l'estimation (CE 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, req. n° 370789) ;
 - prise en compte des obligations des soumissionnaires.
- **Interrogation** : l'acheteur a l'obligation d'interroger l'entreprise dont

l'offre est suspectée d'être anormalement basse. Il s'agit d'une garantie de procédure pour elle, dont l'acheteur ne peut s'exonérer (CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., aff. C-599/10) même si, d'après le Conseil d'État, il n'existe pas d'obligation de poser de questions spécifiques (CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233).

- **Vérification** : les directives « Marchés » (art. 69 de la directive 2014/24/UE et art. 84 de la directive 2014/25) listent un certain nombre d'éléments pouvant être pris en considération pour procéder aux vérifications des explications apportées par l'entreprise :
 - l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction ;
 - les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
 - l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
 - le respect des obligations en matière environnementale, sociale ;
 - le respect des obligations en matière de sous-traitance ;
 - l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

Cette liste demeure néanmoins indicative et non limitative.

- **Éviction** : au vu des opérations de vérification des explications apportées par l'entreprise concernée, les offres anormalement basses sont (donc « doivent être ») rejetées par l'acheteur. Quel que soit le sens de la décision, elle est souvent contestée. En cas d'attribution au vu des explications données, les concurrents évincés tentent de la faire annuler, avec la difficulté sérieuse de devoir faire la démonstration qu'il s'agit d'une offre prédatrice (CAA Lyon, 17 janvier 2013, Département de l'Allier, req. n° 11LY01501), et que même, l'analyse qui peut en être faite est sans rapport avec, par exemple, le temps passé sur la prestation en cause (CAA Paris, 23 octobre 2012, Société Point Comm., req. n° 09PA05350). À l'inverse, en cas d'éviction, la décision sera également contestée, le juge pouvant au demeurant parfois aller jusqu'à annuler la décision d'éviction au motif d'insuffisance de précision du cahier des charges.

Extension de l'appréciation des offres anormalement basses à la sous-traitance - Le constat de l'existence d'une OAB d'un sous-traitant intégré à l'offre de contrat en cours de passation induit la mise en place de la procédure contradictoire dès sa détection. Par contre, aucune disposition particulière n'avait précédemment été prévue en cas d'OAB pour des prestations d'un sous-traitant présenté après la notification du marché, y compris en cours d'exécution. L'article 62 de l'ordonnance « Marchés publics » et l'article 60-I du décret introduisent cette possibilité permettant ainsi de limiter les risques d'une sous-traitance ne présentant les garanties suffisantes de bonne exécution, grâce à la possibilité de refus non équivoque de la part de l'acheteur.

Références

Textes

CMP 2006, art. 55.

Fiche technique de la DAJ : « L'offre anormalement basse », 17 avril 2012, mise à jour le 31 mars 2016

Ord. 23 juillet 2015, art. 53.

Avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics - NOR : EINM1608173V (reproduit en annexe du cahier).

Jurisprudence

CE 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille, req. n° 378434, CP-ACCP n° 149, décembre 2014, J.-P. Jouguelet (Offre anormalement basse - Modalités de contrôle par le pouvoir adjudicateur - Demande d'explications sur l'offre - Réponse imprécise de leur auteur - Caractère régulier du rejet de

l'offre).

CAA Lyon 5 décembre 2013, Société AD Arnaud Demotion, req. n° 12LY01142 (Sélection des offres - Détermination d'une offre anormalement basse - Ir-régularité de la méthode de comparaison de l'offre avec l'estimation faites par le pouvoir adjudicateur).

CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233 (Notion d'offre anormalement basse - Marché de maîtrise d'œuvre - Pas de nécessité de poser des questions spécifiques - Quelle que soit la procédure, il suffit de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé).

CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 350573 (Notion d'offre anormalement basse - Une offre inférieure de 48,5 % et de 32 % à l'estimation du département de l'Isère peut être justifiée par son caractère très compétitif et par la réduction de ses taux de marges - Pas d'erreur manifeste d'appréciation des explications du candidat permettant d'écarter la qualification d'offre anormalement basse).

CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur contre Société Artéis, req. n° 366606, (Notion d'offre anormalement basse - Impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de retenir une offre anormalement basse sans violer le principe d'égalité de traitement entre les candidats - Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la qualité respectueuse des offres - Non justification du caractère anormalement bas d'une offre en se fondant uniquement sur le seul écart de prix existant entre deux offres).

CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., aff. C-599/10, (Offre anormalement basse - Obligation de demander par écrit de clarifier l'offre pour expliquer le caractère suffisant de l'offre - Demande de précision sur les offres - Possibilité de demander aux candidats par écrit des clarifications d'offres sans toutefois demander ou accepter une modification d'offre - Obligation de traitement égal et loyal des candidats de sorte que la demande de précisions ne puisse apparaître comme ayant favorisé un candidat).

CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, req. n° 354159 (Offre anormalement basse de nature à compromettre la bonne exécution du marché - Décision de non-rejet irrégulière, le coût de reprise des salariés pouvant être compensé).

Conseils pratiques

À éviter

- Appliquer des formules mathématiques pour déclarer une offre anormalement basse.
- Appliquer une seule méthode et notamment celle liée à la prise en compte de l'estimation des coûts par l'acheteur.

Recommandations

- Élaborer une méthodologie générale fondée sur un faisceau d'indices.
- S'interroger sur le caractère suffisant des prescriptions techniques du marché ayant pu conduire, dans le cas contraire, à la mauvaise compréhension du périmètre des prestations attendues.
- S'interroger sur l'éventuelle existence d'offres anormalement hautes en cas d'ententes illicites.
- Engager la procédure de demande d'explication en présence du moindre doute.
- Imposer dans le règlement de consultation un délai de réponse opposable à tous les candidats permettant l'éviction en cas de réponse hors délai.

Sous-section 5 : Offres contenant des produits originaires des pays tiers pour les marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices

Article 61

I. - Pour l'application de l'article 54 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, une offre présentée pour l'attribution d'un marché public de fournitures passé par une entité adjudicatrice peut être rejetée lorsque la part des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Pour l'application du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

II. - Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application du I. Les offres sont considérées comme équivalentes si l'écart entre leur prix respectif n'excède pas 3 %.

Toutefois, ce droit de préférence n'est pas mis en œuvre lorsque l'acceptation de l'offre obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel qu'elle possède déjà et entraînerait une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

III. - Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise, en tant que de besoin, la liste des pays et des secteurs couverts, à la date de sa publication, par un accord mentionné au I. Il précise également, le cas échéant, pour un pays ou un secteur donné, si, en fonction du contenu de ces accords, les engagements conclus comportent des restrictions de nature à empêcher un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés des pays tiers.

Commentaires

Fournitures originaires de pays tiers à l'Union - Le seuil à prendre en considération de produits (ou logiciels) provenant de pays tiers sans accord avec l'Union est de 50 %, permettant l'application d'un droit de préférence européenne en cas d'équivalence d'offres de prix (écart de prix de 3 % au plus), sauf en cas de risque d'incompatibilité ou de difficultés techniques. La liste des pays concernés fait l'objet, en tant que de besoin, d'un arrêté.

Références

Textes

CMP 2006, art. 159.

Ord. 23 juillet 2015, art. 54.

Sous-section 6 : Attribution du marché public

Article 62

I. - Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles 60 ou 61, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.

II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63 ;

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;

c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution.

III. - En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément au 2° du II.

IV. - Les critères ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié.

V. - L'acheteur s'assure que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base.

Commentaires

Choix des critères d'attribution - L'acheteur public doit définir, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans le règlement de consultation, le ou les critères d'attribution du marché. Si le recours à plusieurs critères combinés est la règle, une exception est admise pour utiliser un seul critère

lorsque l'objet du marché le justifie : soit le prix, soit le coût global. Mais désormais, en marchés de travaux, le critère unique ne peut être que celui du coût global. L'utilisation de la pluralité des critères (dont l'un doit porter sur le prix ou le coût alors que certaines hypothèses permettant de ne pas y recourir ont été validées par la jurisprudence sur le choix du mobilier urbain) reste la règle, au demeurant strictement obligatoire pour les procédures de dialogue compétitif et de partenariat d'innovation (art. 62-III).

Précision fondamentale, les critères d'attribution doivent pouvoir être appliqués tant aux offres de base qu'aux variantes (art. 62-V).

Enfin, une décision du Conseil d'État concernant l'attribution des lots risque de prendre une portée non négligeable avec la possibilité d'offres variables en fonction du nombre de lots pouvant être attribué (art. 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015) : une méthode de notation est irrégulière si elle est susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie (CE 1^{er} juillet 2015, SNEGSO c/ Habitat Sud Atlantic, req. n° 381095).

Caractère obligatoire de la pondération - Introduite par le droit communautaire, la pondération des critères est obligatoire pour les procédures formalisées (art. 62-IV). En cas d'impossibilité motivée, la hiérarchisation est autorisée. La pondération peut désormais s'exprimer sous forme de fourchette, qui restera d'application délicate en cas de contentieux.

Réouverture du débat sur la pondération des critères en concours - S'agissant des concours de maîtrise d'œuvre, un principe prudentiel a conduit à ce que les critères permettant d'identifier un lauréat soient pondérés, comme l'a jugé un tribunal administratif (TA Montpellier 21 mai 2007, Préfet de l'Hérault, req. n° 0602891). Compte tenu des objections soulevées par certains praticiens sur les difficultés de pondération des critères en concours de maîtrise d'œuvre, le décret n° 2008-1334 avait supprimé cette obligation pour les concours, la circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C) continuant néanmoins de recommander une nouvelle fois la pondération pour les concours comme pour les Mapa.

La nouvelle rédaction de l'article 62 fait disparaître l'exception de pondération pour les concours de l'ancien article 53-II, rouvrant inutilement le débat juridique sur ce point, et partant, source d'insécurité contentieuse.

Pondération des critères dans les procédures adaptées - Comme évoqué concernant les concours, l'article 62 n'impose la pondération que pour les procédures formalisées. Il reste toutefois prudent de pondérer, y compris en procédure adaptée en fonction du montant ou de la nature des services concernés (services sociaux et services spécifiques), puisque l'analyse des offres doit être effectuée en fonction de critères de sélection objectifs et non discriminatoires, en application des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure.

Subjectivité de certains critères - L'article 62 donne une liste indicative de critères d'attribution. Certains critères sont manifestement très subjectifs : caractéristiques esthétiques, apprentissage, diversité, caractère innovant d'une offre... Le Conseil d'État a eu à juger qu'attribuer un coefficient de pondération important au critère esthétique revenait à méconnaître les principes d'égalité des candidats et de transparence de la procédure (CE 28 avril 2006, Ville de Toulouse, req. n° 280197), dans la mesure où il n'était pas indiqué comment allait être apprécié ce critère (insertion dans le paysage, dans le bâti, etc.). Les conditions d'appréciation de la subjectivité doivent dès lors être... précisées.

Critères sociaux et environnementaux : faut-il toujours préférer des conditions d'exécution aux critères d'attribution ? - La prise en compte des considérations environnementales et sociales peut conduire à privilégier la mise en œuvre de critères d'attribution en rapport bien entendu avec l'objet du marché, mais tournés vers les préoccupations d'accessibilité, d'apprentissage, de diversité, de conditions

de production et de commercialisation, de rémunération équitable des producteurs, de performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, de la biodiversité et du bien-être animal : autant de critères nouvellement précisés à l'article 62-II.2.a du décret du 25 mars 2016.

Pour autant, la jurisprudence nationale reste assez peu favorable à l'application de critères d'attribution sociaux ou environnementaux (CAA Douai, 29 novembre 2011, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 10DA01501, s'agissant d'un marché relatif au déménagement, stockage et transfert de mobilier ne présentant par nature aucun lien avec les performances en matière d'insertion de public en difficulté et rendant irrégulière la prise en compte d'un tel critère malgré l'importante main-d'œuvre liée à ce type de marché), même si la consécration du critère du mieux-disant social a fini par être actée par le Conseil d'État (CE 25 mars 2013, Département de l'Isère, req. n° 364950). Elle ne considère toujours pas comme obligatoire, malgré la lettre du texte de l'article 5 du Code des marchés publics, « la prise en compte » de considérations environnementales et sociales dans la définition des besoins (CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570, validant ainsi l'absence d'obligation de prise en compte d'un critère d'attribution lié aux performances en matière de protection de l'environnement dans le cadre d'un marché d'évacuation et de traitement des déchets dangereux).

Et lorsque le critère notamment social est admis, ses conditions de mise en œuvre peuvent être considérées entachées d'imprécisions constitutives d'un manquement aux obligations de mise en concurrence (CE 28 mai 2014, Commune de Dijon c/ Société Carrard Services, req. n° 375941).

Il paraît juridiquement plus sûr de préciser dans le cahier des charges des marchés les obligations contractuelles dans ce domaine et les niveaux de sanction en cas de non-respect de celles-ci, même si au regard des évolutions certaines des dispositions réglementaires, le juge devra s'ouvrir à la validation de critères plus larges que ceux précédemment admis au regard des objectifs d'un achat plus durable. Évolution qu'a d'ailleurs engagée la Cour de l'UE qui a admis la validité d'un critère d'attribution à caractère social lié à l'engagement de verser un salaire minimum (CJUE 17 novembre 2015, RegioPost GmbH & Co. KG, aff. C-115/14) après avoir jugé strictement l'inverse un an avant (CJUE 18 septembre 2014, Bundesdruckerei c/ Stadt Dortmund, aff. C-549/13).

Conditions d'application de sous-critères - La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE 24 novembre 2005, ATI EAC, aff. C-331/04) indique qu'il est possible d'utiliser des sous-critères ; elle indique également que, dans l'hypothèse où les sous-critères n'apparaissent pas dans l'avis ou dans le RC, il est possible de les faire avaliser en amont par la commission d'appel d'offres, avant l'analyse des offres. Dans cette hypothèse, la Cour indique qu'il convient de respecter les principes suivants :

- pas de modification des critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;
- les sous-critères ne doivent pas contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;
- les sous-critères ne doivent pas avoir été adoptés en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

Compte tenu de l'incertitude manifeste générée par le deuxième principe, il convient de préciser les sous-critères dès le règlement de la consultation, et même encore la pondération de ces sous-critères (CE 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons, req. n° 337377, confirmant l'obligation de publication de la pondération ou de la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou

hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection).

Références

Textes

CMP 2006, art. 53.

Ord. 23 juillet 2015, art. 52.

Jurisprudence

CJUE 17 novembre 2015, RegioPost GmbH & Co. KG, aff. C-115/14 (Critère d'attribution à caractère social - Réglementation d'une entité régionale d'un État membre imposant aux soumissionnaires et à leurs sous-traitants de s'engager à verser un salaire minimal au personnel exécutant les prestations faisant l'objet d'un marché public - Condition relative au versement d'un salaire minimum admis comme critère d'attribution du marché).

CE 1^{er} juillet 2015, SNEGSO c/ Habitat Sud Atlantic, req. n° 381095 (Allotissement et condition de mise en œuvre des critères d'attribution - Irrégularité de la méthode de notation susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie - Irrégularité de la moyenne arithmétique des différentes notes après notation lot par lot dès lors que la note globale ne permettait pas de tenir compte de la grande disparité des valeurs des différents lots, ni par suite d'identifier l'offre dont le prix était effectivement le plus avantageux).

CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570 (Définition des besoins, critères d'attribution et prise en compte de considérations liées au développement durable - Absence d'obligation de prise en compte dans le cadre d'un marché d'évacuation et de traitement des déchets dangereux au titre d'un critère d'attribution en terme de performances en matière de protection de l'environnement).

CE 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons, req. n° 337377 (Obligation de publication de la pondération ou de la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection - Application en cas de pondération à 28 % du sous-critère « méthodologie et adaptation au contexte local » du critère « valeur technique », qui aurait dû être publié, eu égard à la nature et à l'importance de ce sous-critère).

CJCE 24 novembre 2005, ATI EAC, aff. C-331/04 (Conditions d'information et de mise en œuvre des critères d'attribution).

Conseils pratiques

À éviter

- L'utilisation de critères trop génériques (valeur technique) sans préciser les éléments d'appréciation.
- Limiter la pratique de la hiérarchisation en procédure adaptée, difficile à expliciter dans le cadre d'un contentieux.

Recommandations

- Rédiger le plus clairement possible les critères d'attribution et les modalités de mise en œuvre des critères, avec la mention des pondérations et du dispositif de notation pour limiter tout débat contentieux.
- Prendre en compte des critères environnementaux et sociaux en rapport avec l'objet du marché et d'application simple.

Article 63

I. - Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :

- a) Les coûts liés à l'acquisition ;
- b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
- c) Les frais de maintenance ;
- d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;

2° Les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

II. - Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

- a) Elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non-discriminatoires. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques ;
- b) Elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
- c) Elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.

Commentaires

Critère du coût du cycle de vie - En prenant appui sur les dispositions du droit européen, le coût du cycle de vie peut être retenu comme critère d'attribution, voire comme critère unique (art. 62-1.1.b), apprécié à travers plusieurs éléments sur la base de données devant être fournies par les soumissionnaires et précisées dans les documents de consultation.

La méthode d'analyse des coûts imputés aux externalités environnementales doit être précisée par l'acheteur dans les conditions précisées par l'article 63 reposant sur les principes suivants :

- l'objectivité ;
- l'accessibilité aux parties intéressées ;
- une demande de fourniture de données raisonnable.

Article 64

Il est possible, en accord avec le soumissionnaire retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché public avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché public dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

Commentaires

Mise au point du marché - Une fois attribué, le marché peut également faire l'objet d'une mise au point avant la signature et la notification

du marché, impliquant des modifications mineures du cahier des charges. Cette possibilité ne peut être assimilée à une négociation sous peine de remettre en cause les conditions initiales de la consultation. Si l'ancien texte (art. 59 du CMP de 2006) mentionnait clairement l'interdiction de modification du classement, la rédaction plus générique de l'article 64 ne saurait remettre en cause cette règle qui paraît fondamentale.

La distinction entre mise au point et négociation n'est pas toujours aisée. Elle ne doit pas être le prétexte à un marchandage ou, a fortiori, à la mise à l'écart de l'entreprise retenue. Une telle éviction serait manifestement illégale.

À l'inverse, la mise au point ne peut non plus être le prétexte, pour un opérateur économique, d'introduire des conditions complémentaires qui n'étaient pas incluses dans l'offre. Cependant, les personnes publiques ayant le pouvoir discrétionnaire de ne pas attribuer le marché restent décisionnaires lors de la mise au point du marché.

De rares et anciennes décisions de juridictions administratives, et les pratiques notamment des services de la concurrence, autorisaient ces mises au point dans des « ratios » d'environ 2 à 3 %, sous réserve, une fois de plus, de ne pas avoir d'impact sur le classement compte tenu des écarts réels entre les offres. Pour mémoire, un formulaire « de mise au point » permettant de faire ressortir les modifications est accessible sur le site de la DAJ.

Conseils pratiques

À éviter

- Toute modification importante des prescriptions techniques du cahier des charges dans le cadre des mises au point.
- Attribuer prématurément, dans des procédures avec négociation, des marchés dont les spécifications ne sont pas définitivement arrêtées.
- Tout risque de modification de classement, notamment en cas d'incidence sur le prix des modifications introduites dans le cadre de la mise au point, au risque d'une requalification de négociation irrégulière.

Recommandations

- Déterminer avec précision chaque modification admise et son incidence financière éventuelle.
- Limiter la durée des mises au point : en cas de procédure avec des négociations, achever toutes les négociations sur les éléments pouvant être assimilées à des mises au point avant attribution.

Références

Textes

CMP 2006, art. 59-II.

Chapitre V : Déroulement des procédures formalisées

Commentaires

Introduction des procédures formalisées - Le chapitre V concerne les procédures formalisées suivantes, en application de l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (voir commentaires de l'article 42) : l'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs, la procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour les entités adjudicatrices, et le dialogue compétitif.

Article 65

Les dispositions relatives aux délais que comporte le présent chapitre s'appliquent sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 43.

Commentaires

Réserves relatives aux délais applicables aux procédures formalisées - Alors que l'article 43 précise les possibilités, voire les obligations, de prolongation de délai (au visa des articles 66 à 76), un article 65 a été inutilement créé pour indiquer que les délais dans les procédures formalisées s'appliquent tout autant qu'ils ne doivent pas être prolongés dans les conditions de l'article 43, à savoir, pour mémoire :

- augmentation de 5 jours en l'absence de publication de certains documents sur le profil d'acheteur ;
 - augmentation suffisante en cas de visite des lieux ou consultation sur place de documents ;
 - en cas de complément d'information nécessaire à l'élaboration de l'offre au-delà du délai de 6 jours avant la date de remise des offres ;
 - en cas de modification des documents de consultation.
- (voir tableau sur les délais de procédure sous l'article 43)

Section 1 : Appel d'offres

Article 66

L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. Il peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé peut soumissionner.

L'appel d'offres est restreint lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner.

Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.

Commentaires

Rappel de définition - Procédure de droit pour les pouvoirs adjudicateurs au-delà des seuils européens, l'appel d'offres ouvert ou restreint consiste à attribuer le marché, sans négociation, à l'entreprise disposant de l'offre reconnue économiquement la plus avantageuse. La précision apportée par l'ordonnance, pour le seul appel d'offres, que ce choix est fondé sur des critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats, est superfétatoire au regard du respect de cette obligation concernant le choix des opérateurs économiques dans toutes les procédures impliquant une mise en concurrence. Mais en tout état de cause, ce qui distingue bien l'appel d'offres des autres procédures, c'est bien l'interdiction de négociation, la seule possibilité étant de demander des précisions sur la teneur de l'offre.

L'article 66 pose le principe de la liberté de choix entre les deux formes d'appel d'offres.

Références

Textes

CMP 2006, art. 59 et suiv.

Sous-section 1 : Appel d'offres ouvert

Article 67

I. - Le délai minimal de réception des candidatures et des offres est de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

Si l'acheteur a publié un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal peut être ramené à quinze jours, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° L'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

2° Cet avis contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

II. - L'acheteur peut ramener le délai minimal fixé au premier alinéa du I à trente jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique.

III. - Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal fixé au premier alinéa du I impossible à respecter, l'acheteur peut fixer un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

IV. - Il ne peut y avoir de négociation avec les soumissionnaires. Il est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre.

Commentaires

Délais - Voir tableau des délais sous l'article 43.

Références

Textes

CMP 2006, art. 57-59 et 160-161.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Article 68

L'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue de manière impartiale et transparente, afin que le marché public ne soit pas attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par l'acheteur.

Commentaires

Nouveauté de l'examen des offres avant les candidatures - Comme évoqué en commentaire de l'article 55, pour tenter de mettre fin aux multiples vérifications d'aptitudes avec un grand nombre de candidats et la perte de temps associée aux demandes de compléments de pièces, il est désormais possible de procéder à l'analyse et au classement des offres avant l'examen des candidatures et ne procéder aux vérifications, parfois d'usage, que des pièces du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché (art. 55-II.2/art. 68). L'analyse doit évidemment être particulièrement impartiale et transparente pour ne pas être tenté d'attribuer une offre à un candidat qui ne peut être qualifié. Cependant, la souplesse existante concernant les modalités et les délais de transmission des pièces justificatives de la validité de candidature permet de s'assurer de la fiabilité de la démarche. Une vigilance particulière reste nécessaire

consistant notamment à commencer le contrôle des certificats de qualification professionnelle en parallèle de l'examen des offres.

Références

Textes

CMP 2006, art. 57-59 et 160-161.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Sous-section 2 : Appel d'offres restreint

Sous-section 2 : Appel d'offres restreint

Article 69

Les délais minimaux de réception des candidatures sont :

1° Pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les entités adjudicatrices, de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Commentaires

Délais de réception des candidatures - Voir tableau des délais sous l'article 43.

Article 70

I. - Les délais minimaux de réception des offres sont, pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Toutefois, si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal peut être ramené à dix jours, lorsque l'avis de préinformation remplit les conditions suivantes :

1° Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

2° Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

Le pouvoir adjudicateur peut ramener le délai minimal fixé au premier alinéa à vingt-cinq jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal fixé au premier alinéa impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même

pour tous. En l'absence d'accord sur la date limite de réception des offres, le pouvoir adjudicateur fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

II. - Les entités adjudicatrices peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, les entités adjudicatrices fixent un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

III. - Il ne peut y avoir de négociation avec les soumissionnaires. Il est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre.

Commentaires

Délais de réception des offres - Si les délais minimums sont imposés, il convient de noter qu'en ce qui concerne les appels d'offres restreints des entités adjudicatrices, comme d'ailleurs leurs procédures négociées, elles sont libres de définir, en commun accord avec les candidats sélectionnés, le délai de remise des offres, à condition de ne pas être inférieur à 10 jours. Cette possibilité existe également désormais pour les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales : ils sont libres de définir, en commun accord avec les candidats sélectionnés, le délai de remise des offres, à condition de ne pas être inférieur également à 10 jours. Voir tableau des délais sous l'article 43.

Références

Textes

CMP 2006, art. 60-64 et 162-164.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique - NOR : EINM1608119V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Section 2 : Procédure concurrentielle avec négociation

Article 71

La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

Commentaires

Rappel de définition - Ancienne procédure négociée avec mise en concurrence, la procédure concurrentielle dont les cas d'utilisation sont précisés à l'article 25 du décret permet, à la différence de l'appel d'offres, de négocier avec tous les opérateurs dont la candidature a été retenue (voir commentaires de l'article 42 de l'ordonnance).

La rédaction d'un cahier des charges détaillé n'est pas nécessaire comme pour l'appel d'offres, dans la mesure où la négociation a notamment pour vocation de porter sur tous les éléments d'une offre. Le pouvoir adjudicateur peut donc se contenter, dans cette procédure, de ne fixer que les exigences minimales que devront respecter les offres.

Article 72

I. - Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

II. - Le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Toutefois, si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal peut être ramené à dix jours, lorsque l'avis de préinformation remplit les conditions suivantes :

1° Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

2° Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

Le pouvoir adjudicateur peut ramener le délai minimal fixé au premier alinéa du présent II à vingt-cinq jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord sur la date limite de réception des offres, le pouvoir adjudicateur fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Commentaires

Délais - Si les délais minimums sont imposés, il convient de noter que les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales sont libres de définir, en commun accord avec les candidats sélectionnés, le délai de remise des offres, à condition de ne pas être inférieur à 10 jours. **(Voir tableau des délais sous l'article 43)**

Références

Textes

CMP 2006, art. 65-66.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique - NOR : EINM1608119V - JO du 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Article 73

I. - Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales. Il peut toutefois attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire.

Les exigences minimales mentionnées à l'article 71 et les critères d'attri-

bution ne peuvent faire l'objet de négociations.

II. - La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité.

Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.

III. - La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, le pouvoir adjudicateur s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en application du II de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. À la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau.

IV. - Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées.

Commentaires

Étendue de la négociation - Toutes les différentes offres remises peuvent être négociées, sauf l'offre finale qui doit être définitivement classée et jugée. Comme le précise le texte des directives « Marchés », le pouvoir adjudicateur « peut se réserver de ne pas négocier », ce qui n'est pas sans rappeler la formule qui a fait débat dans les procédures adaptées selon laquelle l'acheteur « se réserve la possibilité de négocier ».

Toutefois, alors qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de motiver, pour la plupart des cas, le choix de la procédure concurrentielle avec négociation, par dérogation à la procédure d'appel d'offres (voir commentaires de l'article 25), il risque de paraître peu cohérent de finalement renoncer au bénéfice d'une négociation tant souhaitée... Renonciation que des entreprises évincées ne manqueront pas de stigmatiser en sollicitant la production de motifs d'intérêt général d'une telle décision.

Modalités de la négociation - Les conditions de mise en œuvre des négociations, la possibilité de réduire le nombre de participants au fur à mesure de la remise d'offres intermédiaires, les modalités pratiques (orales, écrites...) doivent être précisées dans le règlement de consultation afin d'assurer le respect de l'égalité de traitement.

Le travail de restitution de la négociation conduit, toujours en application du principe de transparence des procédures, à procéder à la description des différentes étapes ayant conduit au choix de l'attributaire, au regard notamment des dispositions du règlement de consultation. Cette formalisation, prenant pour base un rapport d'analyse des offres, devra notamment faire apparaître les conditions ayant conduit à réduire le nombre de candidats (classement intermédiaire des candidats admis aux négociations ou aux auditions...), les points ayant fait spécifiquement l'objet des négociations dans le respect de l'égalité de traitement des candidats, la restitution des questions à ces derniers et leurs réponses, etc. Cet exercice permettra de cristalliser la démonstration de la régularité de la procédure et de parfaire le fondement du classement final en vue du choix de l'attributaire.

Références

Textes

CMP 2006, art. 66.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Jurisprudence

CAA Nancy 7 novembre 2013, SICTEU, req. n° 12NC01498 (Non-respect du principe d'égalité de traitement des candidats dans le cadre des négociations - Traitement discriminatoire - Droit à indemnisation de l'entreprise irrégulièrement évincée).

Conseils pratiques

À éviter

- Les cahiers des charges trop fermés dans les procédures concurrentielles.
- Les négociations avec un trop grand nombre de candidats.
- Ne pas limiter les tours de négociation.

Recommandations

- Rédiger un règlement de consultation à la fois clair et laissant ouverts les champs et le nombre de tours de négociation.
- Définir les modalités d'analyse des offres pour les éliminations successives éventuelles.
- Identifier une équipe chargée des négociations.
- Former les intervenants aux bases de la négociation.
- Rédiger un rapport permettant d'assurer la démonstration du respect du principe d'égalité de traitement.

Section 3 : Procédure négociée avec mise en concurrence préalable

Article 74

La procédure négociée avec mise en concurrence préalable est la procédure par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

Le délai minimal de réception des candidatures est de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

L'entité adjudicatrice peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'elle se réserve la possibilité de le faire.

Commentaires

Rappel de définition - Ancienne procédure négociée avec mise en concurrence, la dénomination est désormais réservée aux seules entités adjudicatrices, la procédure se distinguant de la procédure concurrentielle avec négociation par le fait que l'entité adjudicatrice dispose du libre choix de cette procédure.

Après avoir repris, au mot près, la définition déjà donnée par l'article 42 de l'ordonnance, induisant la possibilité de négocier avec les opérateurs sélectionnés, l'article 74 précise les délais de remise des candidatures (15 jours) et la possibilité de fixer le délai de remise des offres d'un commun accord, délai ne pouvant être inférieur à 10 jours en cas de désaccord.

Comme pour les procédures concurrentielles avec négociation, l'entité adjudicatrice peut disposer du choix de prévoir la possibilité de ne pas négocier (**voir les commentaires de l'article 73**).

Références

Textes

CMP 2006, art. 165.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Section 4 : Dialogue compétitif

Article 75

Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini.

Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisées dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Commentaires

Rappel de définition – Reprenant au mot près la définition du dialogue compétitif déjà donnée par l'article 42 de l'ordonnance, à savoir « procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre », l'article 75 précise l'obligation pour l'acheteur de définir ses besoins et exigences dans un « programme fonctionnel ou un projet partiellement défini ». Il s'agit bien d'une différence de fond avec les procédures négociées dans lesquelles en principe les besoins sont définis mais pas les spécifications pour y répondre. La procédure de dialogue compétitif induit que le besoin n'est pas encore complètement défini, de sorte que la première phase du dialogue doit porter sur la finalisation du besoin ou du projet.

Choix de la procédure – Une des nouveautés de la réforme de 2016 est d'ouvrir les possibilités d'utiliser la procédure de dialogue compétitif, en fusionnant les motifs de ce choix avec ceux justifiant le recours à la procédure concurrentielle avec négociation, conformément aux dispositions de l'article 25-II du décret (voir commentaires de l'article 25). Compte tenu de la nature de cette procédure qui permet de dialoguer sur la définition même du besoin, et même si elle peut légitimement être retenue plutôt pour des projets complexes, elle peut également s'envisager dans des hypothèses plus simples, en adaptant ses caractéristiques à la nature et la taille de l'opération.

Références

Textes

CMP 2006, art. 67.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Article 76

I. - Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

II. - L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché public peuvent être discutés avec les participants sélectionnés.

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité.

Dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises.

L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Le dialogue est conduit dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants. À cette fin, l'acheteur s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres.

III. - Lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, l'acheteur en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il vérifie que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation, lorsque les modifications apportées sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

IV. - À la demande de l'acheteur, l'attributaire peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

V. - L'acheteur peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée pour sa participation à la procédure.

Commentaires

Déroulement du dialogue – D'une rédaction très allégée par rapport à l'ancien article 67 du Code des marchés publics de 2006, l'article 76 impose le respect des délais minimums habituels (**voir tableau des délais sous l'article 43**), la procédure se caractérisant par les principales étapes suivantes :

- phase de sélection des candidatures (minimum 3 pour les pouvoirs adjudicateurs) ;
- envoi du DCE comprenant le règlement de la consultation prévoyant éventuellement les phases de dialogue successives et les critères d'attribution ;
- ouverture du dialogue : identification des moyens propres à satisfaire les besoins et jusqu'à l'identification de la ou des solutions susceptibles de répondre aux besoins ;
- mise en œuvre des phases successives éventuelles => réduction du

- nombre de participants sur la base des critères d'attribution ;
- phase finale du dialogue => remise des offres finales ;
- phase de précisions, perfectionnement ou compléments, sans modification des aspects essentiels de l'offre finale ;
- attribution ;
- mise au point (clarification et confirmation des engagements).

Références

Textes

CMP 2006, art. 67.

Ord. 23 juillet 2015, art. 42.

Jurisprudence

CAA Douai, 29 janvier 2015, Société anonyme Litwin, req. n° 13DA01529 (Dialogue compétitif - Possibilité de discuter sur le découpage entre une tranche ferme et des tranches conditionnelles et sur la décomposition des prix - Essais permettant de mieux identifier la solution la plus appropriée - Absence de modification irrégulière des clauses du marché).

CE 3 juillet 2013, Société Citélum, req. n° 366847 (Offre irrégulière - Impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de corriger les imprécisions ou contradictions d'une offre irrégulière de ce fait - Validité de la décision d'élimination d'une offre ne présentant pas tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat - Application à un contrat de partenariat en procédure de dialogue compétitif).

Conseils pratiques

À éviter

- Des définitions trop larges des besoins dans des programmes fonctionnels et des programmes trop légers.
- S'imposer des délais trop courts au regard de la complexité de la procédure.

Recommandations

- Établir une matrice de risques, même pour des contrats perçus comme moins complexes que les contrats globaux de performance ou les marchés de partenariat.
- Mettre en place une équipe projet mobilisée et couvrant tous les aspects du projet, au besoin avec une assistance technique à maîtrise d'ouvrage.
- Suivre les évolutions des différents documents contractuels établissant un tableau du suivi des écarts entre les documents remis aux candidats et les réponses.
- Finaliser les clarifications et les confirmations des engagements avant l'attribution pour éviter l'engagement de discussions pouvant être requilibrées de nouvelles négociations et différant les engagements définitifs.

Chapitre VI : Techniques particulières d'achat

Commentaires

Introduction des techniques particulières d'achat - Le chapitre VI détermine le régime juridique particulier s'appliquant à des techniques particulières d'achat.

Si l'ancienne réglementation des marchés publics prévoyait déjà les formes d'achats électroniques (SAD), ou ne les interdisait pas pour les procédures adaptées (enchères électroniques), la réforme des marchés publics 2016 transpose des techniques d'achats électroniques liés à la dématérialisation croissante des procédures.

Section 1 : Marchés publics à tranches

Article 77

Les acheteurs peuvent passer un marché public comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles. Le marché public définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche optionnelle compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

L'exécution de chaque tranche optionnelle est subordonnée à une décision de l'acheteur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché public. Lorsqu'une tranche optionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier, si le marché public le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit.

Commentaires

Marchés à tranches optionnelles - L'article 77 est, à un détail près, identique à l'ancien article 72 du Code des marchés publics 2006. Les tranches ne sont plus désormais « conditionnelles » mais « optionnelles » pour les catégories de marchés pour lesquelles les prestations ne sont pas entièrement certaines au moment de leur signature, et pour lesquelles des décisions postérieures à leur notification sont nécessaires. Ici, le fractionnement indispensable est assuré par la prise en compte de conditions et l'exécution, en plus de celle d'une ou plusieurs tranches fermes, de tranches dites optionnelles lorsque les conditions prévues sont remplies.

L'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse doit se faire en prenant en compte la tranche ferme et la totalité des tranches optionnelles, à l'inverse des prestations supplémentaires éventuelles (options) (voir commentaires de l'article 58).

Références

Textes

CMP 2006, art. 72.

Section 2 : Accords-cadres

Article 78

I. - Les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres définis à l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées à l'article 79.

Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 80.

Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre.

Les acheteurs ne recourent pas aux accords-cadres de manière abusive

ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

II. - Les accords-cadres peuvent être conclus :

1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;

2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ;

3° Soit sans minimum ni maximum.

III. - La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure.

IV. - Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans un autre document de la consultation, et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre.

Ils ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. L'acheteur ne peut fixer une durée telle que l'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique.

Commentaires

Rappel de définition des accords-cadres - Conformément à l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les accords-cadres sont les contrats avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Il s'agit d'une technique d'achat particulièrement souple notamment pour les achats de fournitures et services courants.

Catégories d'accords-cadres - L'accord-cadre s'exécutera avec des bons de commande lorsque toutes les stipulations contractuelles auront été fixées au préalable ; dans le cas contraire, il s'exécutera à la suite de l'établissement de marchés subséquents. Et, bien entendu, l'usage combiné de ces deux modes de commande est possible lorsque la répartition est définie.

À ce titre, le décret 2016 fusionne le régime juridique des accords-cadres (art. 76) et des marchés à bons de commande (art. 77) de l'ancien code pour les regrouper sous le vocable désormais commun, et commode, d'accords-cadres à bons de commandes ou à marchés subséquents.

Dans les deux cas, l'accord-cadre peut être mono-attributaire, ou pluri-attributaires.

Par contre, en cas d'accord-cadre pluri-attributaires, seuls les marchés subséquents peuvent désormais faire l'objet d'une mise en concurrence, les bons de commande devant être émis sans mise en concurrence aux titulaires identifiés dans l'accord-cadre (voir. art. 80).

Régime des accords-cadres		
	Pouvoirs adjudicateurs	Entités adjudicatrices
catégories	à bons de commande ou marchés subséquents	
Procédure de passation	- procédure formalisée si dépassement des seuils européens - procédure adaptée pour les marchés inférieurs aux seuils européens et pour les services sociaux et spécifiques	libre choix des procédures
Remise en concurrence	pour les seuls marchés subséquents	
Durée	4 ans sauf dérogation exceptionnelle	8 ans sauf dérogation exceptionnelle
Mini/maxi	librement déterminé	

Fonctionnement d'un accord-cadre - Un accord-cadre s'exécutera donc avec un ou plusieurs opérateurs, selon les modalités librement déterminées dans les pièces de l'accord-cadre (l'accord-cadre peut avoir été conclu suite à une procédure de dialogue compétitif, prévoir des tranches et des marchés subséquents : voir CE 11 mars 2013, ACFI et Mutuelle des Chambres de commerce et d'industrie, req. n° 364551), tant en ce qui concerne l'attribution des bons de commande que des marchés subséquents, avec ou sans remise en concurrence des opérateurs titulaires de l'accord-cadre. Il peut d'ailleurs être mis fin à l'exécution de l'accord-cadre en ne notifiant plus ni bons de commande ni marchés subséquent, comme il peut également être mis fin à l'exécution d'un marché à bons de commande sans que cela puisse être contesté au titre d'une demande de suspension (CE, 25 octobre 2013, Région Languedoc-Roussillon, req. n° 369806).

Conseils pratiques

À éviter

- Les accords-cadres trop complexes qui peuvent conduire les utilisateurs et les opérateurs à se perdre dans les modalités de mise en œuvre, tant au stade de la passation que dans le cadre de son exécution.
- Les accords-cadres avec maximum pour des fournitures ou des prestations dont la commande dépend de circonstances extérieures à l'acheteur, tant en terme de quantité qu'en terme d'occurrence.

Recommandations

- Les dérogations de limitation de durée de l'accord-cadre ne doivent pas faire l'objet d'une motivation générique.
- Rédiger avec une attention toute particulière l'ensemble de la construction contractuelle, en distinguant bien les pièces communes à l'accord-cadre des pièces particulières des marchés subséquents qui seront conclus ultérieurement, mais sur des caractéristiques qui ne peuvent être modifiées substantiellement en cours d'exécution (voir art. 79).
- Privilégier l'utilisation des accords-cadres pour regrouper des fournitures ou des services pouvant relever de plusieurs services utilisateurs pour éviter les phénomènes de « saucissonnage » des besoins.

Références

Textes

CMP 2006, art. 76 et 77.

Ord. 23 juillet 2015, art. 4.

Jurisprudence

CE 25 octobre 2013, Région Languedoc-Roussillon, req. n° 369806 (Marché à bons de commande sans minimum ni maximum - Décision d'interrompre l'exécution d'un bon de commande - Irrecevabilité du recours en annulation et d'une demande de suspension contre cette décision s'agissant d'une

mesure d'exécution du marché).

CE 11 mars 2013, ACFI et Mutuelle des Chambres de commerce et d'industrie, req. n° 364551 (Marché conclu par une centrale d'achat selon la procédure de dialogue compétitif portant sur l'assurance collective en matière de prévoyance et sur les frais de soins de santé des personnels des CCI et des entités liées - Possibilité de prévoir des tranches fermes et des tranches conditionnelles, dans le cadre d'un marché attribué au terme d'une procédure de dialogue compétitif, pouvant donner lieu à l'émission de bons de commande - Respect de l'obligation de définition préalable des besoins).

Article 79

I. - Les marchés subséquents précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent entraîner des modifications substantielles des termes de l'accord-cadre.

Les marchés subséquents peuvent prendre la forme d'un accord-cadre fixant toutes les conditions d'exécution des prestations et exécuté au moyen de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 80.

II. - Pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés subséquents sont attribués dans les conditions fixées par l'accord-cadre. Préalablement à la conclusion des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit au titulaire de compléter son offre.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence selon la procédure suivante :

1° Pour chacun des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les titulaires de l'accord-cadre ou, lorsque l'accord-cadre a été divisé en lots, les titulaires du lot correspondant à l'objet du marché subséquent ;

2° Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres ;

3° Les offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent. Elles sont établies par écrit et ne sont pas ouvertes avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres ;

4° Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'accord-cadre.

L'accord-cadre peut prévoir que l'attribution de certains marchés subséquents ne donnera pas lieu à remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé. Tel est notamment le cas lorsque aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir.

III. - Pour les entités adjudicatrices, les marchés subséquents sont passés sur la base de règles ou de critères objectifs et non-discriminatoires définis dans l'accord-cadre, qui peuvent inclure la remise en concurrence des titulaires.

Lorsqu'une remise en concurrence est prévue, l'entité adjudicatrice fixe un délai suffisant pour permettre la présentation des offres. Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution définis dans l'accord-cadre.

Commentaires

Régime des marchés subséquents - Alors que les bons de commande permettent un achat préalablement parfaitement identifié et une attribution sans mise en concurrence (voir art. 80), les marchés subséquents supposent une définition ultérieure des caractéristiques et des modalités d'exécution qui ne l'étaient pas dans l'accord-cadre. Cela peut dès lors justifier le régime de la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre, alors que cette remise en concurrence n'est pas prévue pour des simples bons de commande.

Pour les structurations d'achats les plus complexes, notamment pour les centrales d'achats ou les groupements de commandes, un marché subséquent pourra lui-même prendre à nouveau la forme d'un accord-cadre, lui-même permettant également de nouveau la passation de bons de commande ou de marchés subséquents...

Modalités de remise en concurrence en cas de pluralité d'opérateurs à l'accord-cadre - N'ayant pas lieu d'être en cas d'attribution « mono-attributaire » ou d'un accord-cadre à bons de commande, une des caractéristiques de l'accord-cadre est de permettre une remise en concurrence permanente des opérateurs retenus au sein de celui-ci. Les conditions de cette remise en concurrence (modalités et délais de remise de l'offre, critères d'attribution et fonctionnement général de la remise en concurrence, ou pas, pour certains marchés subséquents ne pouvant être attribués qu'à un opérateur déterminé) doivent être précisées dans le règlement de consultation de l'accord-cadre.

Références

Textes

CMP 2006, art. 76 et 77.

Ord. 23 juillet 2015, art. 4.

Jurisprudence

CE 5 juillet 2013, UGAP, req. n° 368448 (Accords-cadres - Critères d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre - Obligation pour le pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères d'attribution des marchés subséquents et des conditions de leur mise en œuvre dès l'engagement de la procédure - Possibilité de pondérer les critères autres que celui du prix à condition que les indications données aux candidats leur permettent de déterminer les critères sur lesquels ils seront notés).

CE 15 février 2013, Société SFR, req. n° 363854 (Marché à bons de commande sans minimum ni maximum ayant pour objet la fourniture de télécommunications - Possibilité de déterminer les prix selon un catalogue tarifaire et de convenir d'un ajustement de ces derniers en cas d'encadrement par un mécanisme de limitation de l'augmentation du prix).

Conseils pratiques

À éviter

- Alourdir le mécanisme de remise en concurrence des titulaires par des demandes trop importantes qui n'ont pas beaucoup d'intérêt et qui peuvent décourager les opérateurs d'y répondre.
- Des remises en concurrence trop fréquentes, chronophages et coûteuses pour les parties à l'accord-cadre.

Recommandations

- Prévoir des conditions matérielles simplifiées de remise en concurrence.
- Prévoir des fréquences de remise en concurrence adaptées à la nature du besoin et l'incidence réelle en terme d'économie faciale au regard des coûts analytiques générés par la gestion administrative et comptable d'un accord-cadre.

Article 80

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires de l'accord-cadre qui précisent celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre.

Commentaires

Régime des bons de commande – Compte tenu du caractère précis des commandes, les bons de commande sont émis sans aucune mise en concurrence, comme un ancien et traditionnel marché à bons de commande.

Références

Textes

CMP 2006, art. 76 et 77.

Ord. 23 juillet 2015, art. 4.

Section 3 : Système d'acquisition dynamique

Article 81

I. - Un système d'acquisition dynamique est un processus entièrement électronique de passation de marché public, pour des achats d'usage courant, par lequel l'acheteur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés spécifiques à l'un des opérateurs économiques préalablement sélectionnés.

Le système est ouvert, pendant toute sa durée de validité, à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection. Il peut être subdivisé en catégories de fournitures, de services ou de travaux définies de manière objective sur la base des caractéristiques du marché public à exécuter dans le cadre de la catégorie concernée. Ces caractéristiques peuvent notamment renvoyer à la taille maximale autorisée de certains marchés spécifiques ou à une zone géographique précise dans laquelle certains marchés spécifiques seront exécutés.

II. - L'acheteur précise la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'avis d'appel à la concurrence. À compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie à la Commission européenne tout changement de cette durée en utilisant les formulaires types suivants :

1° Lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système, le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence pour le système d'acquisition dynamique ;

2° Lorsqu'il est mis fin au système, l'avis d'attribution mentionné à l'article 104.

III. - Aucun frais ne peut être facturé avant ou pendant la période de validité du système d'acquisition dynamique aux opérateurs économiques intéressés ou participant au système d'acquisition dynamique.

IV. - Pour passer un marché spécifique dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique à compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur respecte les règles de l'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions des articles 82 et 83.

Commentaires

Définition d'un système d'acquisition dynamique (SAD) -

Pouvant être mis en place pour des achats en nombre, et notamment par des centrales d'achats, le SAD est « un processus entièrement électronique » pour les achats d'usage courant qui permet un accès au dossier de consultation pendant toute sa durée de validité et la possibilité de déposer des offres.

Références

Textes

CMP 2006, art. 78.

Article 82

I. - Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, l'acheteur publie un avis d'appel à la concurrence en indiquant qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique.

Il précise dans les documents de la consultation la nature des achats envisagés et leur quantité estimée ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition dynamique, y compris son éventuelle subdivision en catégories de produits, de services ou de travaux et les caractéristiques de ces catégories, les modalités de fonctionnement du système, l'équipement électronique utilisé et les arrangements et spécifications techniques de connexion.

Il offre par voie électronique, pendant toute la durée de validité du système, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation.

II. - Lorsqu'un système d'acquisition dynamique mis en place par une centrale d'achat est susceptible d'être utilisé par d'autres acheteurs, l'avis d'appel à la concurrence le mentionne.

III. - Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Aucun délai supplémentaire de réception des candidatures n'est applicable après l'envoi de l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique dans le cadre du système d'acquisition dynamique.

IV. - Tous les candidats satisfaisant aux critères de sélection sont admis dans le système et leur nombre n'est pas limité. Lorsque l'acheteur a subdivisé le système en catégories de produits, de services ou de travaux, il précise les critères de sélection applicables à chaque catégorie.

L'acheteur accorde, pendant toute la durée de validité du système, la possibilité à tout opérateur économique de demander à y participer. L'acheteur procède à l'évaluation des candidatures dans un délai de dix jours ouvrables après leur réception. Ce délai peut être porté à quinze jours ouvrables lorsque cela est justifié, notamment parce qu'il est nécessaire d'examiner des documents complémentaires ou de vérifier d'une autre manière si les critères de sélection sont remplis. Tant que l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique n'a pas été envoyée, l'acheteur peut prolonger la période d'évaluation des candidatures, à condition qu'aucune invitation à soumissionner ne soit envoyée au cours de cette prolongation. Il indique, dans les documents de la consultation, la durée de la prolongation qu'il compte appliquer.

L'acheteur informe dans les plus brefs délais les opérateurs économiques concernés s'ils ont été admis ou non dans le système d'acquisition dynamique.

V. - À tout moment au cours de la période de validité du système d'acquisition dynamique, l'acheteur peut demander aux candidats admis dans le système d'actualiser leur dossier de candidature, dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date d'envoi de cette demande.

Commentaires

Mise en place du SAD - Les opérateurs économiques, dont le nombre n'est pas limité, peuvent s'y inscrire et participer aux consultations engagées, une fois leur candidature retenue et leur inscription dans le SAD.

Le SAD peut également se combiner avec la mise en place d'un catalogue électronique, comme le prévoit l'article 87 du décret.

Références

Textes

CMP 2006, art. 78.

Article 83

I. - Pour chaque marché spécifique, l'acheteur invite tous les candidats admis dans le système à présenter une offre dans les conditions de l'article 56. Lorsque le système d'acquisition dynamique est subdivisé en catégories de produits, de services ou de travaux, l'acheteur invite tous les candidats admis pour la catégorie correspondant au marché spécifique concerné.

II. - Les délais de réception des offres sont les suivants :

1° Pour les pouvoirs adjudicateurs, le délai minimal de réception des offres est de dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats invités à soumissionner, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord sur la date limite de réception des offres, le pouvoir adjudicateur fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner ;

2° Les entités adjudicatrices peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats invités à soumissionner, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, les entités adjudicatrices fixent un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

III. - Le marché spécifique est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation à soumissionner.

Commentaires

Mise en concurrence d'un marché spécifique du SAD - Les opérateurs inscrits sont sollicités pour présenter une offre pour chaque marché spécifique, jugée sur la base des critères d'attribution initialement fixés dans les pièces du SAD, pouvant éventuellement être précisés dans le cadre des consultations spécifiques.

Références

Textes

CMP 2006, art. 78.

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (reproduit en annexe du cahier) - NOR : EINM1608119V - JO du 27 mars 2016.

Section 4 : Enchères électroniques

Article 84

I. - Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre.

Les acheteurs ne peuvent recourir à l'enchère électronique que pour les marchés publics de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée.

II. - L'enchère électronique porte :

1° Soit uniquement sur le prix lorsque le marché public est attribué sur la base de ce seul critère ;

2° Soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation lorsque le marché public est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères.

Commentaires

Définition d'une enchère électronique - Les enchères électroniques de marchés publics sont des enchères inversées permettant aux candidats de réviser à la baisse les propositions de prix pendant toute la durée des enchères. D'autres éléments quantifiables peuvent néanmoins faire l'objet du dispositif d'enchères. Ce dispositif, qui avait été mis en place pour les marchés inférieurs aux seuils européens, trouve l'origine de sa consécration pour tous les marchés dans les directives « Marchés ».

Article 85

I. - L'acheteur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence a été réalisé au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans l'invitation à soumissionner. Les documents de la consultation comprennent les informations suivantes :

1° Les éléments des offres sur lesquels porte l'enchère électronique ;

2° Le cas échéant, les valeurs minimales et maximales qui pourront être présentées ;

3° La nature des informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront ;

4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique, notamment les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir ;

5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

II. - L'enchère électronique intervient après une première évaluation complète des offres conformément aux critères d'attribution, permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatisé.

Tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément, par des moyens électroniques, à participer à l'enchère électronique en utilisant les connexions, à la date et à l'heure spécifiées, conformément aux instructions figurant dans l'invitation.

L'invitation adressée à chaque soumissionnaire est accompagnée du résultat de l'évaluation complète de son offre réalisée en application du premier alinéa du présent II.

Elle mentionne également la formule mathématique qui déterminera, lors de l'enchère électronique, les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. Le cas échéant, les fourchettes sont réduites à une valeur déterminée.

Lorsque des variantes sont autorisées, une formule distincte est fournie pour chaque variante.

III. - L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. Elle ne peut débuter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, l'acheteur communique instantanément à tous les soumissionnaires les informations leur permettant de connaître à tout moment leur classement respectif. Il peut également annoncer le nombre de participants à la phase de l'enchère et communiquer, si les documents de la consultation le prévoient, les prix ou valeurs présentés par les autres soumissionnaires. Cependant, il ne peut en aucun cas divulguer l'identité des soumissionnaires.

IV. - L'acheteur clôt l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes :

1° À la date et à l'heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;

2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux, à condition d'avoir préalablement précisé le délai qu'il observera à partir de la réception de la dernière offre avant de clôturer l'enchère électronique ;

3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère ont eu lieu.

Lorsque l'acheteur entend clore l'enchère électronique conformément au 3°, le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au 2°, l'invitation à participer à l'enchère indique le calendrier de chaque phase de l'enchère.

Après la clôture de l'enchère électronique, le marché public est attribué en fonction des résultats de celle-ci et sous réserve du respect des dispositions de l'article 60.

Commentaires

Fonctionnement d'une enchère électronique - Le dispositif est mis en place après la mise en œuvre d'une sélection des opérateurs fondée sur l'évaluation complète des offres remises. Trois étapes peuvent être distinguées :

- ouverture des enchères : au moins deux jours ouvrables après l'invitation adressée aux opérateurs économiques sélectionnés ;
- déroulement : le mécanisme d'enchères peut comporter plusieurs phases. Le classement des offres doit reposer sur une formule mathématique, intégrant la pondération des critères, pour déterminer les reclassements automatiques en fonction des nouvelles valeurs et nouveaux prix présentés ;
- clôture : elle se fait selon trois hypothèses :
 - date et heure limites fixées initialement ;
 - absence de nouvelles enchères pendant un délai précisé dans le règlement des enchères ;
 - à l'issue d'une des phases si cela est également prévu.

Section 5 : Catalogues électroniques

Article 86

I. - Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est requise, l'acheteur peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un catalogue électronique.

Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées d'autres documents qui les complètent.

II. - Les catalogues électroniques sont établis par les candidats ou les soumissionnaires conformément aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ils respectent les exigences applicables aux outils de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur conformément aux articles 38 à 41.

Commentaires

Définition des catalogues électroniques - Autre consécration par le droit européen après des expérimentations dans les procédures adaptées, le monde de l'achat public peut désormais bénéficier des facilités du catalogue électronique que de plus en plus d'opérateurs économiques développent, notamment pour leur commerce en ligne. Toutefois, en marché public, l'acheteur peut imposer une remise d'offres électronique ou, peut-être plus facilement, imposer au moins une présentation sous forme de catalogue électronique. L'avis de marché doit le préciser.

Ces catalogues sont établis par les soumissionnaires, selon les prescriptions techniques définies par l'acheteur public.

Conseils pratiques

À éviter

- Imposer, dans un premier temps, une remise d'offres sous format de catalogue électronique, qui pourrait apparaître trop contraignante.
- Les spécifications techniques des catalogues électroniques trop lourdes, pour ne pas limiter la concurrence.

Recommandations

- Favoriser les catalogues électroniques dans le cadre des centrales d'achats et des groupements de commandes.
- Développer des formats simples de catalogues électroniques.

Article 87

I. - Lorsque la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique est acceptée ou exigée, l'acheteur l'indique dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner.

L'acheteur précise également, dans les documents de la consultation, toutes les informations requises en ce qui concerne le format, l'équipement électronique utilisé ainsi que les modalités de connexion et les spécifications techniques du catalogue.

II. - Lorsque, dans le cadre de la procédure de passation d'un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques, des offres ont été présentées sous la forme de catalogues électroniques, l'acheteur peut prévoir que la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre pour l'attribution des marchés subséquents est effectuée sur la base des catalogues actualisés. Dans ce cas, l'acheteur utilise l'une des méthodes suivantes :

1° Soit il invite les titulaires de l'accord-cadre à présenter de nouveau

leurs catalogues électroniques, adaptés aux exigences du marché subséquent ;

2° Soit il informe les titulaires de l'accord-cadre qu'il entend recueillir, à partir des catalogues électroniques déjà présentés, les informations nécessaires pour constituer des offres adaptées aux exigences du marché subséquent, pour autant que l'utilisation de cette méthode ait été annoncée dans les documents de la consultation de l'accord-cadre. Dans ce cas, l'acheteur informe les titulaires de l'accord-cadre de la date et de l'heure à laquelle il entend procéder à cette collecte d'information et leur donne la possibilité de refuser cette collecte. Il prévoit un délai adéquat entre la notification et la collecte effective des informations. Avant d'attribuer le marché subséquent, l'acheteur transmet les informations collectées à chaque titulaire concerné afin de lui permettre de contester ou de confirmer que l'offre ainsi constituée ne comporte pas d'erreurs matérielles.

III. - L'acheteur peut attribuer des marchés spécifiques dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique en exigeant que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique.

Il peut également attribuer des marchés spécifiques conformément au 2° du II, à condition que la demande de participation au système d'acquisition dynamique soit accompagnée d'un catalogue électronique conforme aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ce catalogue est ensuite complété par les candidats lorsqu'ils sont informés de l'intention de l'acheteur de constituer des offres en procédant à la collecte d'information.

Commentaires

Fonctionnement du catalogue électronique - Le principe du fonctionnement des catalogues électroniques pour les marchés publics semble assez ouvert pour permettre soit des commandes directes, soit des remises en concurrence en cas d'accord-cadre multi-attributaires, sur la base de catalogues réactualisés.

En outre, le dispositif de catalogue électronique peut être évidemment combiné avec le système d'acquisition dynamique, en exigeant la présentation des offres pour les marchés spécifiques sous forme de catalogue électronique, éventuellement réactualisé s'il préexiste.

Conseils pratiques

Recommandations

- L'utilisation des différents vecteurs d'une commande publique dématérialisée implique une réflexion globale sur les outils mobilisables et le coût de leur développement au regard des avantages concurrentiels à en retirer, tant pour les acheteurs que pour les entreprises intéressées par ce développement.
- La mise en place d'un achat dématérialisé induit la création des outils dédiés à la passation, mais également à l'exécution et au paiement.
- Les réelles opportunités qu'offre le développement de l'achat public dématérialisé, tant sur le plan de la passation que de l'exécution, peuvent être mises en place de manière pertinente à l'échelle d'un important acheteur, ou d'une centrale d'achats notamment locale (voir commentaires de l'article 26 de l'ordonnance) ou d'un groupement d'achats.

Section 6 : Concours

Article 88

I. - L'acheteur qui organise un concours défini à l'article 8 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée publie un avis de concours dans les conditions

prévues aux articles 33, 34 et 36. Lorsqu'il entend attribuer un marché public de services au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application du 6° du I de l'article 30, il l'indique dans l'avis de concours.

II. - L'acheteur détermine les modalités du concours dans le respect des principes mentionnés à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Lorsque le concours est restreint, l'acheteur établit des critères de sélection clairs et non discriminatoires des participants au concours. Le nombre de candidats invités à participer au concours est suffisant pour garantir une concurrence réelle.

III. - Le jury, composé conformément à l'article 89, examine les candidatures et formule un avis motivé sur celles-ci. Lorsque le concours est restreint, l'acheteur fixe la liste des candidats admis à concourir et les candidats non retenus en sont informés.

Le jury examine les plans et projets présentés par les participants au concours de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères d'évaluation des projets définis dans l'avis de concours. Il consigne dans un procès-verbal, signé par ses membres, le classement des projets ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements et les questions qu'il envisage en conséquence de poser aux candidats concernés.

L'anonymat des candidats peut alors être levé.

Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal. Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

IV. - L'acheteur choisit le ou les lauréats du concours au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury et publie un avis de résultats de concours dans les conditions prévues à l'article 104.

Une prime est allouée aux participants qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours. Sous réserve des dispositions de l'article 90, le montant de la prime est librement défini par l'acheteur et est indiqué dans les documents de la consultation.

Lorsqu'un marché public de services est attribué au lauréat ou à l'un des lauréats du concours, sa rémunération tient compte de la prime qu'il a reçue pour sa participation au concours.

Commentaires

Rappel de définition - La procédure de concours permet la remise d'une prestation sous la forme d'un plan ou d'un projet par les opérateurs mis en concurrence, et ce notamment dans les domaines de l'aménagement, de l'urbanisme, de l'architecture, mais également dans d'autres domaines impliquant une conception particulière.

Déroulement du concours - La procédure de concours peut être formalisée (art. 33 du décret) ou adaptée (art. 34 du décret) et doit faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence. Les principales caractéristiques de la procédure sont les suivantes :

- nature du concours : ouvert ou restreint ;
- sélection des candidats : en concours restreint, la sélection doit se faire sur des critères objectifs et non discriminatoires (validité du critère de « qualité architecturale et technique des références » : CE 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, req. n° 309652) ;
- réduction du nombre de candidats : en cas de concours restreint, le nombre de candidats admis à concourir n'est pas réglementé (contrairement au régime précédent pour les pouvoirs adjudicateurs imposant au moins trois candidats) mais doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle => avis motivé du jury (CE 18 décembre 2013, Commune de Bron, req. n° 365702) ;
- envoi du dossier de consultation => mention de la prime si elle est prévue (et quand elle est obligatoire dans le cas des concours de maîtrise d'œuvre) => avis du jury sur la prime sous réserve du respect des

conditions fixées par le règlement de concours. Prime due même en cas d'annulation de la procédure (CE 23 octobre 2013, SARL Bernard Leclerc Architecture, req. n° 362437) ;

- examen des plans et projets : ils doivent être présentés anonymement, et analysés sur la base des critères indiqués dans l'avis de concours => la dérogation au principe de pondération a été supprimée (voir commentaires de l'article 62 du décret) ;
- classement : fondé sur les critères, il fait l'objet d'un avis motivé fondé sur un rapport du jury ;
- levée de l'anonymat ;
- possibilité d'inviter les participants au concours à apporter des éclaircissements ou répondre aux questions du jury => établissement d'un procès-verbal complet du dialogue ;
- choix d'un ou plusieurs lauréats par l'acheteur sur la base de l'avis du jury => publication d'un avis de résultats de concours (art. 104) ;
- poursuite du processus d'attribution du contrat : procédure négociée avec le ou les lauréats du concours (art. 30-I.6° du décret, obligation pour les marchés de maîtrise d'œuvre en application de l'article 90-II.1°) d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (CE 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, req. n° 309652).

Références

Textes

CMP 2006, art. 38 et 70.

Ord. 23 juillet 2015, art. 8.

Jurisprudence

CE 18 décembre 2013, Commune de Bron, req. n° 365702, (Sélection des candidatures pour un concours - Motivation insuffisante de l'avis du jury de concours se bornant à relever qu'après délibération et vote, le jury a décidé d'arrêter la liste des candidats admis à concourir).

CE 23 octobre 2013, SARL Bernard Leclerc Architecture, req. n° 362437 (Condition de versement d'une prime après annulation de la procédure de passation de conception-réalisation - Application du principe de loyauté contractuelle - Le pouvoir adjudicateur et les candidats sélectionnés par un jury pour exécuter les prestations visant à l'attribution d'un marché de conception-réalisation sont engagés dans un contrat ayant pour objet la remise de prestations conformes aux documents de la consultation - La prime est due indépendamment de l'attribution du marché - Absence d'incidence de l'annulation du marché sur le versement de la prime).

CE 27 février 2013, Commune de Nîmes, req. n° 364172 (Notion d'offre incomplète en concours - Dispositions du règlement de concours précisant les pièces et leur contenu à remettre à l'appui de l'offre ne laissant pas de doute sur l'obligation de remplir l'ensemble des rubriques par les concurrents - Absence de portée de la production en cours d'instance par la requérante d'un document de nature à couvrir l'irrégularité du dossier d'offre dès lors qu'il n'avait pas été produit avant l'expiration du délai de remise des offres - Absence d'obligation de pondération des critères de jugement des offres en concours).

CE 5 août 2009, Commune de Deauville, req. nos 322997 et 322998 (Possibilité de versement d'une prime de concours sous réserve que les études remises soient conformes au règlement du concours. Ne méconnaît pas ces dispositions le règlement de concours qui prévoit que la prime pourrait être réduite ou supprimée notamment si l'offre ne répondait pas au programme du concours).

CE 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, req. n° 309652 (Absence de caractère obligatoire des niveaux minimaux de capacité professionnelle, technique et financière - Validité du critère de « qualité architecturale et technique des références » comme critère de sélection de candidature - Validité du choix de l'offre de maîtrise d'œuvre économiquement la plus avantageuse fondée, après négociation, sur notamment le taux de rémuné-

ration des missions de base et missions complémentaires - Absence d'obligation de définir des sous-critères de conformité de l'offre et d'évaluation qualitative des prestations remises).

Conseils pratiques

À éviter

- Modifier les critères d'évaluation des projets en cours de consultation.
- Les rapports et avis sommaires du jury, au risque d'irrégularité de la procédure (CE 18 décembre 2013, Commune de Bron, req. n° 365702).

Recommandations

- Le concours constituant une réponse à un programme, veiller à ce qu'il soit le plus exhaustif possible.
- Prévoir dès le lancement de la consultation des critères d'appréciation des projets les plus objectifs possibles dès lors qu'il est obligatoire de les publier dans l'avis de marché.
- Veiller à ce que le jury se prononce bien pour chaque projet sur la base des critères d'appréciation publiés, nécessitant dès lors un travail d'analyse des projets et de préparation de la réunion du jury particulièrement important.

Article 89

I. - Le jury est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

II. - Pour les concours organisés par l'État, les membres du jury sont désignés selon les modalités suivantes :

1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'État, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;

2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'État placés sous l'autorité du préfet, par le préfet.

III. - Pour les concours organisés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux et des offices publics de l'habitat, les membres élus de la commission d'appel d'offres font partie du jury.

IV. - Pour les concours organisés par les autres acheteurs, les membres du jury sont désignés selon les règles propres à chaque établissement.

V. - Pour les groupements de commande mentionnés au I de l'article L. 1414-3 du Code général des collectivités territoriales, les membres de la commission d'appel d'offres du groupement font partie du jury. Pour les autres groupements de commande, la composition du jury est fixée par la convention de groupement.

Commentaires

Composition du jury - La règle fondamentale imposée depuis longtemps par le droit européen est celle de l'indépendance des membres du jury par rapport aux participants. En outre, lorsqu'une qualification professionnelle est exigée des candidats, au moins un tiers des membres doit avoir une qualification équivalente, pour être à même d'apprécier les projets remis au regard de cette compétence particulière.

Pour les collectivités territoriales et leurs groupements, les membres élus des commissions d'appel d'offres sont de plein droit membres du jury. Conformément à l'article L. 1414-3 du CGCT, les règles de composition de la commission d'appel d'offres permettent toujours d'inviter des personnalités compétentes ; par contre, la notion antérieure de personnalités ayant

un intérêt particulier disparaît du paysage réglementaire, dans un souci louable de simplification.

Enfin, bien que le décret ne le précise pas, il semble acquis que, formulant un avis, tous les membres du jury ont voix délibérative.

Références

Textes

CMP 2006, art. 24.

Ord. 23 juillet 2015, art. 8.

Jurisprudence

CAA Lyon, 13 février 2014, Ehpap Maison de retraite Les Cordeliers, req. n° 13LY00974 (Composition du jury de concours - Compétence d'un jury composé d'un architecte, d'un économiste et d'un ingénieur fluides dans le cadre d'un projet nécessitant la mise en œuvre de compétences architecturales, techniques et en économie du bâtiment - Rejet du moyen).

CAA Nantes 19 juillet 2013, Société d'architecture Ivars et Ballet, req. n° 13NT00023 (Concours - Irrégularité de la composition du jury).

Conseils pratiques

À éviter

- Le manque d'indépendance des membres d'un jury, ou de neutralité parfois.

Recommandations

- S'assurer des compétences des membres du jury au regard des qualifications professionnelles, parfois larges, exigées des participants.
- S'assurer de la disponibilité des membres, surtout ceux disposant d'une qualification équivalente à celle exigée des participants.

Chapitre VII : Marchés publics particuliers

Commentaires

Introduction des marchés publics particuliers - Le chapitre VII décline les règles spécifiques s'appliquant à des marchés considérés comme « particuliers », quelque peu hors champ de vision du droit européen compte tenu de ce que leur approche réglementaire tient essentiellement de leur objet :

- les marchés publics de maîtrise d'œuvre (art. 90) ;
- les marchés publics globaux de conception-réalisation (art. 91) ou de performance (art. 92) ;
- les partenariats d'innovation (art. 93 à 95) ;
- les marchés publics relatifs à l'achat de véhicules à moteur (art. 96) ;
- et, enfin, les marchés publics réalisés dans le cadre de programme expérimentaux (art. 97).

Section 1 : Marchés publics de maîtrise d'œuvre

Article 90

I. - Les marchés publics de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution

d'un ou plusieurs éléments de la mission définie par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée.

II. - Les marchés publics de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés dans les conditions suivantes :

1° Pour l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements lorsqu'ils agissent en tant que pouvoir adjudicateur, ils sont négociés, en application du 6° du I de l'article 30, avec le ou les lauréats d'un concours restreint organisé dans les conditions de l'article 88.

Toutefois, ces acheteurs ne sont pas tenus d'organiser un concours dans les cas suivants :

- a) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- b) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- c) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures ;
- d) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;

2° Pour les autres acheteurs, ils sont passés selon l'une des procédures mentionnées à l'article 25 ou 26 ou, si les conditions mentionnées à l'article 30 sont remplies, négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Si ces acheteurs sont soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée et choisissent d'organiser un concours, celui-ci est restreint.

III. - Lorsque l'acheteur est soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée et organise un concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La prime est allouée aux candidats sur proposition du jury.

Lorsque l'acheteur n'est pas soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée ou lorsqu'il n'organise pas de concours, les participants qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur.

Dans tous les cas, le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation à la procédure.

Commentaires

Maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'œuvre privée -

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (MOP) définit les relations entre le maître d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre. La réglementation des marchés publics, régissant essentiellement les conditions de passation des marchés publics, doit s'articuler avec les dispositions tant de la loi MOP que de ses décrets d'application, essentiellement le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux éléments de mission de la maîtrise d'œuvre (décret dit « Missions »). La passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre nécessite donc la parfaite connaissance de la réglementation spécifique dans ce domaine particulier de la construction publique.

Définition du marché public de maîtrise d'œuvre au regard des éléments de mission de maîtrise d'œuvre -

Un marché public de maîtrise d'œuvre est un marché qui confie au maître d'œuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance suivants :

- 1° Les études d'esquisse.

2° Les études d'avant-projets.

3° Les études de projet.

4° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du contrat de travaux.

5° Les études d'exécution ou l'examen de la conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par l'entrepreneur.

6° La direction de l'exécution du contrat de travaux.

7° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier.

8° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Caractère de marché à prix provisoire - Les marchés de maîtrise d'œuvre soumis à la loi MOP sont reconnus comme étant à prix provisoires jusqu'à la fixation du forfait définitif de rémunération sur le fondement de l'enveloppe prévisionnelle définitive arrêtée après les études d'avant-projet (anc. art. 18 du CMP 2006, nouvel art. 19-IV du décret). Pour autant, l'avenant à conclure pour le passage du prix provisoire au prix définitif a été considéré comme devant respecter la portée générale des dispositions relatives aux avenants, à savoir ne pas bouleverser l'économie générale du marché sauf sujétions techniques imprévues (CAA Paris, 25 février 2013, Ville de Paris, req. n° 12PA00638). L'appréciation de l'étendue du forfait de rémunération est particulièrement rigoureuse vis-à-vis des maîtres d'œuvre de la part de la juridiction administrative (CE 29 septembre 2010, Société Babel, req. n° 319481), même si des augmentations semblent dues en cas notamment de modification de programme par le maître d'ouvrage (CE 10 février 2014, Société Arc Ame, req. n° 365828).

Recours obligatoire au concours pour les marchés de maîtrise d'œuvre - Pour l'État et ses établissements administratifs, les collectivités territoriales et leurs groupements, agissant en qualité de pouvoir adjudicateur et non en qualité d'entité adjudicatrice, la procédure de concours, pour les marchés d'un montant estimé supérieur au seuil européen, est obligatoire pour les ouvrages de bâtiments neufs.

Les acheteurs exonérés de l'obligation de concours mais néanmoins soumis à la loi MOP peuvent décider librement d'organiser un concours restreint de maîtrise d'œuvre.

Procédures mobilisables autre que le concours - Pour les marchés conclus dans le cadre d'un concours, une fois le ou les lauréats désignés sur la base de l'avis du jury, la poursuite du processus d'attribution du contrat est conduite selon la procédure négociée (art. 90-II.1°) afin de pouvoir attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (CE 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, req. n° 309652).

Pour les marchés excédant les seuils européens, les pouvoirs adjudicateurs doivent recourir aux procédures visées à l'article 25 du décret (appel d'offres par principe, procédure concurrentielle avec négociation notamment pour les marchés de maîtrise d'œuvre comprenant de la conception, ou dialogue compétitif). Dans l'hypothèse de missions partielles de maîtrise d'œuvre (pour les infrastructures, par exemple), l'utilisation de l'appel d'offres risque de devoir s'imposer, le contenu des missions étant au demeurant clairement réglementé par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993.

Les entités adjudicatrices conservent le choix des procédures (art. 26). Bien entendu, si les conditions sont remplies, les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent également être conclus sans mise en concurrence.

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre n'excédant pas les seuils européens, la procédure adaptée peut être utilisée.

La pondération des critères d'attribution est obligatoire pour les procédures formalisées, et les conditions de dérogation appréciées strictement par le juge (CE 6 décembre 2013, Corse du Sud, req. n° 370901).

Références

Textes

CMP 2006, art. 74.

Jurisprudence

CE 10 février 2014, Communauté d'agglomération Tour(s) Plus, req. n° 367821

(Rémunération forfaitaire du maître d'œuvre provisoire au regard de l'estimation prévisionnelle des travaux - Fixation du forfait définitif en fonction du coût prévisionnel des travaux à partir de l'APD).

CE 10 février 2014, Société Arc Ame, req. n° 365828 (Hypothèse de modification du programme ou prestation décidée par le maître d'ouvrage - Droit du maître d'œuvre à l'augmentation de sa rémunération non subordonnée à la conclusion d'un avenant ni même à un accord du maître d'ouvrage sur un nouveau montant de rémunération).

CE 6 décembre 2013, Corse du Sud, req. n° 370901 (Condition de mise en œuvre des critères d'attribution - Absence de pondération des critères dans le cas d'un marché négocié de maîtrise d'œuvre de réhabilitation d'un établissement thermal - Absence de justification suffisante notamment de difficultés techniques pour justifier la dérogation à l'obligation de pondération - Insuffisance de l'information dans le règlement de consultation des conditions de mise en œuvre des critères - Difficulté d'appréciation de la portée précise d'un de ces critères et sous-critères).

CAA Paris, 25 février 2013, Ville de Paris, req. n° 12PA00638 (Marché de maîtrise d'œuvre - Mise en confrontation des principes de rémunération provisoire du maître d'œuvre et d'interdiction dans le cadre d'un avenant de bouleverser l'économie générale du contrat - Analyse de la légalité d'un avenant augmentant le forfait de rémunération du maître d'œuvre de 28,48 % sur le fondement de l'article 20 du Code indépendamment du caractère provisoire du prix initial du marché - Régularité de l'avenant ayant pour objet de prendre en compte des évolutions de programme se rapportant à des missions indissociables des prestations du marché initial - Refus de considérer la modification du programme comme une conséquence d'une mauvaise définition préalable des besoins par le pouvoir adjudicateur).

CE 29 septembre 2010, Société Babel, req. n° 319481 (Portée du forfait de rémunération de maîtrise d'œuvre - Justification de l'augmentation de rémunération uniquement liée à une modification de programme ou de prestation demandée par le maître d'ouvrage, y compris en cas d'augmentation de la durée d'exécution - Rémunération des missions non décidées par le maître d'ouvrage que si, d'une part, elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si, d'autre part, le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat - Absence de droit à rémunération du seul fait d'une augmentation de la durée ou de prestations complémentaires non indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art).

Conseils pratiques

Recommandations

- Certains contrats d'assistance à maîtrise d'ouvrage visant des missions de maîtrise d'œuvre, telles que définies par le décret « Missions », entraînent un risque important de requalification, surtout pour les bureaux d'études concernés qui doivent veiller à souscrire les assurances responsabilités civiles professionnelles qui découlent d'une mission de maîtrise d'œuvre : bien distinguer les missions relevant de la maîtrise d'œuvre des missions n'en relevant pas.
- En fonction du niveau de précision du programme établi, retenir la procédure la plus adaptée à la nature de l'opération, notamment, en cas de concours non obligatoire, sur la base d'une comparaison entre la procédure négociée et le dialogue compétitif pour notamment préciser des points encore flous à ce stade de l'opération.
- Privilégier des modalités de rémunération permettant de la faire évoluer en fonction des contraintes, non encore complètement connues, de l'opération et l'anticipation des limitations de la passation des avenants (voir commentaires de l'article 139).

Section 2 : Marchés publics globaux

Commentaires

Introduction - La réforme de la commande publique a été l'occasion de s'interroger sur les nouvelles opportunités que pouvait offrir l'approche globale d'une commande publique, certes à travers l'introduction de critères de coûts globaux et cycle de vie, mais également en privilégiant des véhicules contractuels s'inscrivant dès le départ dans cette approche, avec la fixation d'objectifs de résultats renforcés, et même, de performances vérifiables.

Concernant les ouvrages des acheteurs soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP), les avis restent partagés et les oppositions à des démarches de conception-réalisation encore importantes, tout aussi légitimes en termes d'arguments que ceux pouvant être également mis en avant pour promouvoir le développement des marchés globaux. La loi de ratification de l'ordonnance en cours de discussion au Parlement sera l'occasion de stabiliser le débat, pour cette réforme au moins.

Le mécanisme retenu par l'ordonnance (art. 33 à 35) présente les caractéristiques suivantes :

- le marché de conception-réalisation pour les ouvrages des acheteurs soumis à la loi MOP reste, à l'instar de l'article 37 du Code des marchés publics de 2006, une exception d'interprétation stricte des motifs techniques pouvant les justifier (nouvel art. 33 de l'ordonnance et art. 91 du décret) ;
- les marchés de conception-réalisation-exploitation-maintenance (CREM), ou seulement de réalisation-exploitation-maintenance (REM), peuvent être utilisés sans renvoi aux motifs techniques spécifiques de la conception-réalisation (ancien art. 73 du Code des marchés publics 2006), mais uniquement « afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis, notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables » (art. 34 de l'ordonnance et art. 94 du décret) ;
- les marchés de conception-réalisation sont autorisés de manière sectorielle, permanente ou définitive (art. 35 de l'ordonnance).

Les dispositions des articles 91 et 92 du décret précisent les règles de procédure applicable à ces contrats globaux.

Références communes

CMP 2006, art. 37 et 73.

Ord. 23 juillet 2015, art. 33 ; art. 34 ; art. 35.

Sous-section 1 : Marchés publics de conception-réalisation

Article 91

I. - Les motifs d'ordre technique mentionnés au I de l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

II. - Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux

seuils de procédure formalisée, les acheteurs mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1985 susvisée passent des marchés publics de conception-réalisation selon les procédures et dans les conditions mentionnées aux articles 25 ou 26 sous réserve des dispositions qui suivent :

1° Un jury est désigné par l'acheteur. Il est composé exclusivement de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public.

Le marché public est attribué au vu de l'avis du jury ;

2° La désignation d'un jury est facultative dans les cas suivants :

a) Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux a à c du 1^{er} du II de l'article 90 ;

b) Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les entités adjudicatrices en dialogue compétitif ou en procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

III. - Pour les marchés publics de conception-réalisation inférieurs aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs mentionnés au II peuvent recourir à une procédure adaptée.

IV. - Dans les cas prévus aux II et III, lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, ils indiquent le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des soumissionnaires dont les offres sont irrégulières.

Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

La rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qu'il a reçue.

Commentaires

Précisions sur les conditions d'utilisation des marchés de conception-réalisation - En complément de l'article 33 de l'ordonnance, l'article 91 précise les motifs techniques pouvant justifier l'utilisation de la conception-réalisation lorsqu'elle concerne des ouvrages des acheteurs soumis à la loi MOP.

Modalités particulières de procédure de passation - Étant des marchés publics de travaux par nature et qualification légale (voir art. 33 de l'ordonnance), les procédures à mettre en œuvre sont liées aux seuils applicables dans cette catégorie, en particulier au seuil européen de 5 225 000 € HT. En dessous de ce seuil, la procédure est adaptée (§.III de l'article). En cas de procédure formalisée, il semble raisonnable de considérer que les conditions d'utilisation des procédures négociées ou le dialogue compétitif s'appliquent, en excluant l'appel d'offres.

Intervention d'un jury - En procédure formalisée et pour les seuls acheteurs soumis à la loi MOP, un jury doit se prononcer sur les candidatures et les projets remis. Le marché est attribué au vu de l'avis du jury. L'intervention d'un jury n'est requise que pour les constructions neuves de bâtiment (l'art. 91 renvoyant aux mêmes exceptions que celles du concours obligatoire). Si ces acheteurs interviennent en outre en qualité d'entités adjudicatrices, l'intervention d'un jury n'est pas non plus obligatoire.

Élément complémentaire notable : l'anonymat de présentation des projets n'est pas requis dans cette procédure, contrairement à la procédure de concours de maîtrise d'œuvre.

Contenu des prestations attendues des concurrents - Compte tenu du caractère global du contrat, et dans la continuité du régime précédent, les prestations d'études à remettre sont obligatoirement de niveau avant-projet sommaire (APS) pour les bâtiments et avant-projet (AVP) pour les infrastructures, avant-projet accompagné de la définition de la performance technique des ouvrages.

Primes - Quel que soit le montant du contrat et même en procédure adaptée, le paiement d'une prime est obligatoire et au moins égal au montant des études imposées dans le cadre de la conception, avec un abattement possible de 20 % maximum. Le règlement de consultation doit prévoir les modalités de réduction éventuelle de la prime au regard des prestations rendues et du respect des modalités qui ont été imposées.

Références

Textes

CMP 2006, art. 69.

Ord. 23 juillet 2015, art. 33 ; art. 35.

Jurisprudence

CE 8 juillet 2005, Communauté d'agglomération de Moulins, req. n° 268610 (Absence des conditions requises pour une procédure de conception-réalisation d'un atelier relais de construction et exploitation de dirigeables).

CE 28 décembre 2001, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, n° 221649 (Condition de recours à la procédure de conception-réalisation).

Conseils pratiques

Recommandations

- Compte tenu de l'appréciation très stricte par la jurisprudence des motifs d'utilisation de la procédure de conception-réalisation, une motivation très détaillée et circonstanciée de la procédure s'impose avant son lancement.
- L'opportunité des marchés de conception-réalisation est à apprécier désormais avec l'ouverture des possibilités des marchés plus globaux (CREM et REM), pour lesquels la rigueur de l'appréciation des motifs du choix de ce type de contrat n'existe pas.
- Constituer une équipe renforcée pour l'établissement du dossier de consultation qui doit intégrer beaucoup d'éléments et une capacité d'anticipation d'un grand nombre de problèmes.
- Prévoir un délai de procédure suffisamment long et la mobilisation de l'équipe en conséquence pour permettre un travail de qualité et un dialogue effectif avec les opérateurs pendant toute la procédure en vue d'une rédaction aboutie de l'ensemble des pièces du futur contrat.

Sous-section 2 : Marchés publics globaux de performance

Article 92

I. - Le marché public global de performance fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la réalisation et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées par le marché public pour toute sa durée.

Pour attribuer le marché public global de performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et définis en fonction de l'objet du marché public.

II. - Lorsque le marché public global de performance comporte des prestations de conception et lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, les documents de la consultation indiquent le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des soumissionnaires dont les offres sont irrégulières.

Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

La rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qu'il a reçue.

III. - Les marchés publics globaux de performance qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée et qui comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi du 12 juillet 1985 susvisée sont passés selon les modalités fixées au II de l'article 91.

Commentaires

Suppression des limitations d'utilisation des contrats globaux de performance - Comme évoqué dans les commentaires de l'article 34 de l'ordonnance, l'exigence de performances mesurables supplante des motifs techniques trop stricts pour justifier l'utilisation de ce type de contrat.

Par contre, la distinction entre les coûts de réalisation et les coûts d'exploitation et de maintenance doit clairement apparaître ; rappel n'étant pas fait dans le texte du décret (contrairement à l'article 73.IV du Code des marchés publics de 2006), que le paiement différé reste par principe interdit, sauf si le montage de ce type de contrat s'inscrit dans un marché de partenariat qui sera alors soumis aux règles spécifiques du décret qui en découlent.

L'objet composite du contrat au regard de sa vocation induit que les critères d'attribution doivent être élaborés autour de la notion de coût global et des modalités de respect des objectifs de performance.

Procédure de passation - La procédure de passation de ces contrats globaux obéit aux règles de l'article 91 du décret, notamment pour les procédures formalisées ; il est également possible de concevoir ce type de contrat pour des opérations relevant de procédures adaptées.

Quelle que soit la procédure retenue, le paiement d'une prime est obligatoire (§.II). Son montant est déterminé dans les mêmes conditions que pour les contrats de conception-réalisation.

Conseils pratiques

Recommandations

- L'intégration de la maintenance et de l'exploitation rend nécessaire l'intégration dans les équipes de consultants pour la programmation de l'ouvrage, de spécialistes à même de rédiger un programme technique détaillé sur ces deux items.
- Compte tenu de l'investissement études et temps à consacrer pour des marchés globaux de qualité et sécurisés de manière pérenne, ne pas considérer que le choix de ce montage doit se faire au regard de l'économie des délais de passation, qui peut au final en être effectivement la résultante éventuelle, mais ne doit pas en être le moteur.
- Envisager la conclusion d'un marché global de performances au regard des gains en matière de coûts globaux et de performances d'usage.
- Voir les recommandations formulées pour les marchés de conception-réalisation.

Section 3 : Partenariats d'innovation

Article 93

Le partenariat d'innovation a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants au sens du 2° du II de l'article 25 ainsi que l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels. Cette décision est indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Commentaires

Objet du partenariat d'innovation – La procédure de partenariat d'innovation, très inspirée de l'ancienne procédure française de marché de définition multi-attributaire tant décrié par la Commission européenne en son temps, est directement issue des dispositions des directives « Marchés ». Comme le précise en particulier le § 49 du préambule de la directive « Marchés », « lorsque le besoin de développer un produit, un service ou des travaux innovants, et d'acquiescer ultérieurement des fournitures, services ou travaux qui en résultent, ne peut être satisfait par des solutions déjà disponibles sur le marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir accès à une procédure spécifique de passation de marché pour les marchés relevant du champ d'application de la présente directive. Cette procédure spécifique devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'établir un partenariat d'innovation à long terme en vue du développement et de l'acquisition ultérieure d'un produit, d'un service ou de travaux nouveaux et innovants, pour autant qu'ils puissent être fournis aux niveaux de prestation et au coût arrêtés, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une passation de marché distincte pour l'acquisition ».

L'acheteur peut décider, sous réserve de le préciser dès l'avis de marché, de retenir un ou plusieurs opérateurs pour réaliser, avec un contrat qui est propre à chacun, les prestations du partenariat afin d'arriver au choix final.

Références

Textes

CMP 2006, art. 70-1.

Article 94

I. - Le partenariat d'innovation comprend une ou plusieurs phases successives qui suivent le déroulement du processus de recherche et de développement et une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat.

La structure, la durée et la valeur des différentes phases du partenariat d'innovation tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante. La valeur estimée des produits, services ou travaux dont l'acquisition est envisagée n'est pas disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur.

II. - Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le partenaire doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chaque phase. À l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide :

1° Soit de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, 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 conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion ;

2° Soit de mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant un terme à leurs contrats.

Le partenariat d'innovation mentionne cette prérogative de l'acheteur et définit les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat.

L'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision de l'acheteur notifiée au partenaire dans les conditions fixées dans le partenariat d'innovation.

III. - L'acheteur ne peut acquiescer les produits, les services ou les travaux résultant des phases de recherche et de développement que s'ils correspondent aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximum prévus par le partenariat d'innovation.

IV. - La répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, est prévue dans le partenariat d'innovation.

Commentaires

Fonctionnement du partenariat d'innovation – Dans le cadre d'une véritable démarche d'exécution compétitive de marchés attribués à des opérateurs économiques chargés d'une démarche de recherche & développement (R&D), le partenariat d'innovation doit permettre de préciser les conditions de réponse à un besoin qui reste à devoir définir par le pouvoir adjudicateur, même si cette définition reste dans un premier temps assez large, comme l'autorise le dispositif réglementaire. En effet, une définition initiale trop précise risquerait de conduire à constater dans une phase ultérieure une remise en cause trop substantielle qui n'est pas à exclure s'agissant d'un processus de R&D.

La notion de proportion entre les valeurs estimées des acquisitions et celles de l'investissement reste particulièrement délicate à apprécier. Leur encadrement préalable s'impose néanmoins, certainement avant le lancement de la procédure, pour donner un volant budgétaire pour l'opération.

La définition des objectifs (performances, notamment) à atteindre aux différentes phases du partenariat permettra de décider de l'élimination successive ou non des partenaires.

De manière à éviter certains dérapages de procédures, le dispositif limite les capacités d'acquisition du pouvoir adjudicateur aux fournitures, services ou travaux résultant des phases de recherche et de développement

qui correspondent aux niveaux de performance et aux coûts maximum prévus par le partenariat d'innovation.

Enfin, les pouvoirs adjudicateurs pourront engager des réflexions sur la rédaction de clauses de partage de droits de reproduction, d'exploitation, de développement, et partant de versement d'éventuelles redevances ou royalties sur les futurs développements des résultats du partenariat d'innovation.

Références

Textes

CMP 2006, art. 70-1.

Conseils pratiques

À éviter

- Une absence de « bornage » de l'objet et du budget. Cela peut induire des dérapages dans la mise en œuvre de la procédure. Toutefois, il faut pouvoir faire évoluer les données d'entrée au regard des rendus, surtout en fonction de leur degré d'innovation.
- Le partenariat d'innovation ne saurait être le prétexte d'une augmentation des commandes au-delà de ce qui est directement lié à la démarche.

Recommandations

- La réussite d'une telle procédure dépend donc en partie de la capacité à ne pas définir trop d'exigences en amont de la procédure pour éviter des déclarations sans suite.
- La définition de marges de tolérance ou de pourcentages d'atteinte de performances constitue un enjeu majeur et un gage de réussite du partenariat d'innovation.

Article 95

I. - Les partenariats d'innovation d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés selon la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable sous réserve des dispositions suivantes.

II. - Dans les documents de la consultation, l'acheteur définit le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants. Il indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

III. - Un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif ne peut être utilisé en lieu et place de l'avis de marché.

IV. - Le délai minimum de réception des candidatures prévu au I de l'article 72 ne peut être réduit.

V. - La sélection des candidatures tient compte notamment de la capacité des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

VI. - Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 43, le délai minimal de réception des offres initiales est librement fixé par l'acheteur.

VII. - L'acheteur ne peut attribuer le partenariat d'innovation sur la base des offres initiales sans négociation. Il négocie les offres initiales et toutes les offres ultérieures en vue d'en améliorer le contenu à l'exception des offres finales. Les critères d'attribution et les exigences minimales ne font pas l'objet de négociation.

La négociation peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains soumissionnaires sont éliminés par application des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation.

L'acheteur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. Il informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation et leur accorde un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.

Commentaires

Déroulement de la procédure de passation du partenariat

d'innovation - Le caractère négocié de la procédure ne concerne évidemment que le choix des différents partenaires qui seront attributaires de chaque contrat individuel de partenariat. Le choix de recourir à une procédure de dialogue compétitif n'aurait pas été pertinent pour cette procédure, puisque l'objet de chaque contrat individuel de partenariat est bien l'exécution compétitive d'une mission de recherche & développement.

La sélection des candidats prend en compte leur capacité dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

L'enjeu de la définition des critères d'attribution des contrats individuels sera donc de garantir de pouvoir apprécier les conditions de mise en œuvre de ces capacités de recherche et de développement pour le projet considéré, dont la réalité ne sera in fine démontrée que dans le cadre de l'exécution compétitive du partenariat.

Références

Textes

CMP 2006, art. 70-1.

Ord. 23 juillet 2015, art. 8.

Conseils pratiques

À éviter

- Les points de vigilance déjà relevés pour la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure négociée avec mise en concurrence (art. 71 à 74) sont à reprendre au titre du déroulement de la procédure de partenariat d'innovation.

Recommandations

- Prévoir un cadre général de la consultation assez ouvert pour le départ, avec possibilité de précision au terme de chaque phase du partenariat.
- Les recommandations pour la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure négociée avec mise en concurrence (art. 71 à 74) sont à reprendre au titre du déroulement de la procédure de partenariat d'innovation.

Section 4 : Marchés publics relatifs à l'achat de véhicules à moteur

Article 96

I. - Lorsqu'un acheteur passe un marché public pour l'achat d'un véhicule à moteur relevant des catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du Code de la route et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, il tient compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie.

Sont exemptés de cette obligation les achats :

1° De véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires ;

2° De véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre ;

3° De machines mobiles.

II. - Si l'achat du véhicule à moteur est réalisé pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont l'acheteur s'est vu confier la gestion et l'exploitation, l'obligation mentionnée au premier alinéa du I s'applique, indépendamment de la valeur estimée du marché public, dès lors que les produits de la gestion et l'exploitation, sur toute leur durée, sont d'un montant égal ou supérieur au seuil à partir duquel l'autorité responsable du transport doit recourir à une procédure formalisée pour la passation de ses propres marchés publics de fournitures.

III. - Il peut être satisfait à l'obligation mentionnée au I par :

1° La fixation de spécifications techniques conformes aux articles 6 à 9 relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ;

2° L'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus à l'article 62. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées au IV.

Si l'acheteur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se conformer à la méthodologie établie en application du IV.

IV. - Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'économie détermine les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation du véhicule à moteur qu'il convient de prendre en compte ainsi que la méthodologie à appliquer s'il est envisagé de traduire ces incidences en valeur monétaire.

Commentaires

Prise en compte de la performance énergétique et environnementale dans les achats de véhicules - Suite à la loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne et plus particulièrement de son titre III relatif aux transports, l'article 96 reprend en grande partie l'ancien article 75-1 du Code des marchés publics créé par le décret d'application n° 2011-493 du 5 mai 2011 relatif à la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique. Pour autant, il n'impose cette prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules que pour les procédures formalisées, et ce alors même que dans un souci de développement durable, cette obligation aurait pu être étendue à tous les achats de véhicules à moteur, quel que soit leur montant au regard du nombre de véhicules étant achetés en procédure adaptée.

Le dispositif envisagé par le décret, renvoyant au demeurant à un arrêté d'application (voir références ci-dessous) induisant une méthodologie à appliquer en cas monétarisation des incidences, semble disproportionné pour la plupart des achats de véhicules, ceux-ci devant disposer d'une fiche relative aux consommations.

Références

Textes

CMP 2006, art. 75-1.

Arrêté du 5 mai 2011 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique - NOR : DEVD1110810A - JO du 6 mai 2011.

Conseils pratiques

Recommandations

- Généraliser cette prise en compte pour tout achat de véhicule.
- S'inspirer du dispositif « Car Labelling Ademe » faisant apparaître pour plus de 3 000 véhicules les consommations, les rejets de CO₂, le coût énergie, les niveaux d'émission de tous les polluants, le niveau de norme Euro.

Section 5 : Marchés publics réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux

Article 97

L'acheteur qui réalise des ouvrages qui ont pour objet de vérifier la pertinence, sur un nombre limité de réalisations, des projets retenus par l'État dans le cadre d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation, peut passer, pour leur réalisation, des marchés publics de maîtrise d'œuvre ou de travaux, au terme d'une procédure de mise en concurrence conforme au présent décret, limitée à des opérateurs économiques choisis parmi ceux dont les projets auront été sélectionnés par le jury du programme public national, après publication d'un avis de marché.

Un protocole d'expérimentation est passé entre l'acheteur et l'organisme public responsable du programme national.

Commentaires

Mise en œuvre de programmes expérimentaux - Cet article, relatif à la mise en œuvre d'une procédure de maîtrise d'œuvre ou de travaux spécifique liée à la réalisation d'un programme expérimental, reste d'application très limitée.

Références

Textes

CMP 2006, art. 75.

Chapitre VIII : Achèvement de la procédure

Commentaires

Introduction sur les conditions d'achèvement des procédures - Quelles que soient les procédures conduites, soit l'acheteur n'y donne pas suite, soit le contrat finit par être conclu et notifié. Dans toutes les hypothèses, des conditions précises organisent l'information des candidats et la publication, qui participent à la mise en œuvre du principe de transparence.

Section 1 : Abandon de la procédure

Article 98

À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite. Dans ce cas, l'acheteur communique aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure, dans les plus brefs délais, les raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas attribuer le marché public ou de recommencer la procédure.

Commentaires

Déclaration sans suite - Comme précédemment, et alors que cela était précisé notamment dans le cadre des appels d'offres (ex. CMP 2006, art. 59.IV), l'article 98, couvrant toutes les procédures, permet à un acheteur ne pas acheter, en déclarant sans suite une procédure engagée. La mention expresse du « motif d'intérêt général » disparaît, motif à relativiser pour certains acheteurs de droit privé pourtant soumis aux procédures de marchés publics.

Néanmoins, et dans la mesure où il doit en communiquer les motifs aux candidats, l'acheteur public ne doit pas penser pouvoir s'exonérer d'explications concrètes et fondées sur des motifs légitimes au regard de son statut et son objet (différence à faire probablement entre une collectivité locale et une SEM par exemple).

Conseils pratiques

À éviter

- Des déclarations sans suite de convenance.
- Le manque d'explication aux opérateurs qui peuvent mal percevoir une attitude manquant de transparence.
- Les formulations génériques « pour motif d'intérêt général ».

Recommandations

- Préciser les motifs légitimes de déclaration sans suite de la procédure (erreur, évolution du besoin de nature à remettre en cause la consultation qui devra être relancée...).
- Informer dans les meilleurs délais les opérateurs économiques.

Section 2 : Information des candidats et des soumissionnaires

Article 99

I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre.

Il communique aux candidats et aux soumissionnaires qui en font la demande écrite les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. Si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée ni irrégulière ni inacceptable l'acheteur lui communique, en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public.

II. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candida-

ture ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet.

Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Elle mentionne également la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché public dans le respect des dispositions du I de l'article 101.

À la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande :

1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ;

2° Lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

Commentaires

Étendue des obligations d'information - Dans une rédaction clarifiée et synthétique, l'article 99 précise l'étendue des obligations d'information des concurrents évincés, en fonction des procédures mises en œuvre.

- Procédure adaptée :
 - information dès la décision ;
 - pas de délai mentionné ;
 - pas de délai de suspension de signature ;
 - information sur demande écrite des motifs de rejet : 15 jours à compter de la réception de la demande ;
 - communication des caractéristiques et avantages de l'offre retenue si le demandeur n'a pas été évincé pour offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.
- Procédure formalisée :
 - information dès la décision : avec indication des motifs de rejet ;
 - si information après attribution => nom de l'attributaire et motifs ayant conduit à retenir son offre ;
 - mention obligatoire de la date de signature envisagée (délai de suspension, voir infra, art. 101) ;
 - procédure non achevée : sauf si le demandeur n'a pas été évincé pour offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable, communication des informations relatives au déroulement du dialogue ou de la négociation lorsque la procédure n'est pas achevée (15 jours à compter de la réception de la demande) ;
 - procédure achevée : sauf si le demandeur n'a pas été évincé pour offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable, communication des caractéristiques et des avantages de l'offre retenue.

Références

Textes

CMP 2006, art. 80 et art. 83.

Ord. 23 juillet 2015, art. 55.

Jurisprudence

CE 7 novembre 2014, Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne, req. n° 384014 (Demande d'information d'un candidat évincé sur le prix de l'offre retenue et les notes obtenues par l'attributaire au titre de plusieurs sous-critères - Absence de réponse du pouvoir adjudicateur constitutif d'un manquement à ses obligations de mise en concurrence et de publicité susceptible de léser le candidat - Injonction à l'acheteur public de communiquer sous huit jours les informations demandées).

CE 19 avril 2013, Commune de Mandelieu-la-Napoule, req. n° 365617 (Respect des obligations tirées de l'article 80 du Code des marchés publics par la notification d'une lettre de rejet précisant le classement et les notes de

l'entreprise ainsi que le nom de l'attributaire - Information suffisante des candidats par l'indication dans le règlement de la consultation de l'obligation d'insérer dans les dossiers des candidats les fiches techniques des matériels et produits demandés au bordereau de prix unitaires - Indifférence d'une inexactitude d'information relative au remplacement des pièces défectueuses dans le cadre du service après-vente commise par le pouvoir adjudicateur dans le courrier de rejet de l'offre de la société requérante).

CE 11 mars 2013, ACFCI et Mutuelle des Chambres de commerce et d'industrie, req. n° 364551 (Respect des obligations issues de l'article 80 du Code des marchés publics par la communication au candidat évincé des détails des notes et appréciations relatives aux offres de la société retenue et du candidat qui en fait la demande).

CJCE 14 février 2008, Varec SA/ État belge, aff. C 450/06 (Marchés publics - Recours - Directive n° 89/665/CEE - Recours efficace - Notion - Équilibre entre le principe du contradictoire et le droit au respect des secrets d'affaires - Protection, par l'instance responsable des recours, de la confidentialité des informations données par les opérateurs économiques. CE 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan req. n° 375529) (caractère non communicable du BPU, même après signature du marché).

Conseils pratiques

À éviter

- L'absence ou les insuffisances de motivations de nature à générer des contentieux « conservatoires », faute d'informations suffisamment complètes et rapides des opérateurs économiques. L'acheteur peut d'ailleurs être mis en demeure par le juge d'y déférer (CE 7 novembre 2014, Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne, req. n° 384014).
- Des motivations génériques qui conduisent à cristalliser également les contentieux.
- Communiquer, dans les rapports d'analyse des offres, des informations des entreprises attributaires protégées par le secret industriel et commercial (CJCE, 14 février 2008, Varec SA c/ État belge, aff. C-450/06).

Recommandations

- Adopter un principe de transparence en motivant de manière circonstanciée les rejets pour limiter les contentieux de simple incompréhension ; si certaines imprécisions sont commises dans le courrier de rejet, leur incidence peut être limitée (CE 19 avril 2013, Commune de Mandelieu-la-Napoule, req. n° 365617)
- Ne pas communiquer les rapports d'analyse des offres tant que le marché n'est pas signé, ni les BPU même après signature (CE 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan req. n° 375529).

Article 100

Les entités adjudicatrices qui établissent et gèrent un système de qualification informent les opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés de la décision prise à leur sujet dans un délai de quatre mois à compter de la réception de leur demande de qualification. Ce délai peut être prolongé de deux mois au plus, à condition que les opérateurs économiques concernés soient informés de cette prolongation dans les deux mois qui suivent la réception de leur demande. Les motifs de cette prolongation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise leur sont également indiqués.

Lorsque l'entité adjudicatrice décide de rejeter une demande de qualification, elle informe l'opérateur économique des motifs de sa décision, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la date de cette décision. Ces motifs doivent être fondés sur les critères de qualification mentionnés au III de l'article 46.

Commentaires

Information des candidats à un système d'acquisition dynamique des entités adjudicatrices - Le traitement des mandes d'intégration dans un SAD doit être effectué dans le délai de 4 mois, pouvant être prolongé de 2 mois. L'information sur l'éventuel rejet doit parvenir aux entreprises dans les 15 jours à compter de la date de décision.

Section 3 : Signature du marché public

Article 101

I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l'article 99 et la date de signature du marché public par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique.

II. - Le respect du délai mentionné au I n'est pas exigé :

1° Lorsque le marché public est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ;

2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique.

Commentaires

Délai de suspension de signature (« stand still ») - Rappel étant fait qu'en application de l'article 99, la date prévue pour la signature du marché doit être indiquée dans la lettre de rejet adressée aux candidats, l'acheteur doit, pour les procédures formalisées, respecter un délai de suspension de signature pour donner un effet utile aux possibilités de recours et, notamment, de déposer un référé précontractuel devant le juge compétent (tribunal administratif pour certains acheteurs publics, et le tribunal de grande instance pour une autre partie d'entre eux).

Le délai à respecter est de 16 jours à compter de la date d'envoi de la lettre de rejet, ramené à 11 jours lorsque l'envoi est par voie électronique.

Le délai ne commence pas à courir si la lettre de rejet ne le mentionne pas, ce qui induit que tous les moyens pouvant n'être soulevés qu'avant la signature du marché peuvent l'être même après (CE 24 juin 2011, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines, req. n° 346665 - CE 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, req. n° 343435).

Absence d'application aux procédures adaptées - Malgré l'idée que l'on peut se faire de l'application des grands principes de la commande publique aux procédures adaptées et parfois de la rigueur de l'application de ces principes à des commandes de faible montant, le Conseil d'État a jugé, sous l'empire des dispositions de l'article 80 du code de 2006 inchangées sur ce point, que le délai de « stand still » n'est pas applicable aux procédures adaptées (CE 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, req. n° 343435, confirmé par CE 17 décembre 2014, Société Sud-Ouest Signalisation, req. n° 385033).

Toutefois, compte tenu du nombre important de procédures adaptées, notamment pour des marchés de travaux pouvant aller jusqu'à 5 225 000 € HT, cette jurisprudence a pour effet de vider un grand nombre de contentieux en matière de référé précontractuel et vide également de substance les référés contractuels. Les modalités de recours contre les procédures adaptées, et donc pour un nombre important de marchés, s'en trouvent extrêmement limitées pour les entreprises évincées parfois irrégulièrement.

Autres absences d'application - Logiquement, aucun délai n'est à respecter pour les procédures auxquelles un seul candidat a répondu et pour l'attribution des marchés « subséquents », que le décret dénomme par ailleurs « consécutifs » désormais pour les accords-cadres, ou les marchés spécifiques dans les SAD.

Références

Textes

CMP 2006, art. 80.

Jurisprudence

CE 17 décembre 2014, Société Sud-Ouest Signalisation, req. n° 385033 (Procédure adaptée - Absence d'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter le délai de « stand still » en procédure adaptée).

CE 30 novembre 2011, DPM Protection, req. n° 350788 (Sanction du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre du référé contractuel - Signature du marché intervenue alors que le référé précontractuel était engagé - Transformation du référé précontractuel en référé contractuel - Annulation du marché pour non-respect de l'obligation d'indiquer le délai de « stand still » - Sanction financière d'un montant de 10 000 € dans le cadre du référé contractuel).

CE 24 juin 2011, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines, req. n° 346665 (Contenu de la lettre de notification de la décision de rejet d'une offre - Obligation, au titre de l'article 80-I-1° dernier alinéa, d'informer les candidats évincés du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché - Recevabilité du recours contractuel après un référé précontractuel irrecevable en raison de la signature du marché, en cas de non-respect de cette obligation, l'absence d'indication de ce délai privant le candidat évincé de son droit d'exercer utilement un recours en référé précontractuel à l'encontre du marché).

Conseils pratiques

À éviter

- Oublier de mentionner les délais dans la lettre de rejet, même en cas de signature différée. Cela maintient en effet la possibilité de soulever de nombreux moyens même après signature.
- Ne pas respecter les délais de suspension d'un marché. Car cela entraîne sa nullité et un fort risque d'amende (10 000 € par exemple : CE 30 novembre 2011, DPM Protection, req. n° 350788).

Recommandations

- Les modalités d'envoi et de preuve de cet envoi doivent être parfaitement établies chez l'acheteur.
- Les modèles de courrier de rejet doivent donc précisément renseigner ce délai faute de pouvoir être considérés comme réguliers.

Article 102

Le marché public peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Commentaires

Signature électronique - Les modalités de signature électronique, possible dans les marchés publics, sont précisées par arrêté. Il n'est plus fait mention dans le décret de la signature des offres, quelles que soient les procédures. Il appartiendra aux acheteurs de déterminer les conditions de signature ou non des réponses aux consultations, surtout en procédure adaptée. Pour autant, les déclarations sur l'honneur et le Dume également devraient continuer à être signés.

Les contraintes liées aux signatures (risque d'offre irrégulière sous l'ancien code : CE 7 novembre 2014, Ministre des Finances et des comptes publics c/

Société Bearingpoint France, req. n° 383587) de tous les documents en cas de groupement d'entreprises constituaient un frein au développement de la dématérialisation des procédures. L'abolition de ces exigences formalistes pourra redonner de l'attrait à la dématérialisation.

Références

Textes

CMP 2006, art. 56.

Arrêté du Premier ministre du 10 juin 2015 (NOR : PRMD1513894A) prorogeant les délais de mise en œuvre du référentiel général de sécurité (version 2.0).

Arrêté du Premier ministre du 13 juin 2014 (NOR : PRMD1413745A) portant approbation du référentiel général de sécurité et précisant les modalités de mise en œuvre de la procédure de validation des certificats électroniques.

Arrêté du 15 juin 2012 (NOR : EFIM1222915A) relatif à la signature électronique dans les marchés publics

Jurisprudence

CE 7 novembre 2014, ministre des Finances et des comptes publics c/ Société Bearingpoint France, req. n° 383587 (Absence de signature électronique de l'acte d'engagement - Légalité de la décision de rejet de l'offre irrégulière - Absence d'obligation pour le pouvoir adjudicateur de mettre en place un dispositif d'alerte spécifique des candidats en cas d'absence d'enregistrement d'une signature électronique d'un document contractuel).

TA Paris 26 septembre 2013, OPHLM de Paris, req. n° 1313022 (Possibilité pour un pouvoir adjudicateur de l'ordonnance du 6 juin 2005 de se soumettre aux dispositions de l'arrêté du 15 juin 2012 applicables aux pouvoirs adjudicateurs et relatives à la signature électronique - Validité du rejet d'une offre électronique irrégulière signée avec un certificat PRIS V1, postérieurement à la date limite de validité de ces certificats devant être remplacés, à partir du 18 mai 2013, par les nouveaux certificats RGS).

Conseils pratiques

Recommandations

- Alléger les procédures en ouvrant la possibilité de ne pas signer les offres, au moins pour les procédures adaptées ; ou, à défaut, ne plus déclarer une offre irrégulière pour ce seul motif.

Section 4 : Notification du marché public

Article 103

Le marché public est notifié au titulaire.

Il prend effet à la date de réception de la notification.

Sous réserve du respect des dispositions du Code général des collectivités territoriales relatives au contrôle de légalité, les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics prennent effet à cette date.

Commentaires

Effets de la notification - La notification (papier ou électronique, le décret ne le précise pas) permet de faire prendre effet au marché à la date de réception, sous réserve des dispositions relatives au caractère exécutoire des actes des collectivités territoriales et de leurs groupements.

Section 5 : Avis d'attribution

Article 104

I. - Pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution dans les conditions suivantes :

1° Pour l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements l'avis est publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ;

2° Pour les autres acheteurs, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne.

L'avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

II. - Lorsque l'appel à la concurrence a été effectué sous la forme d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif et que l'acheteur a décidé de ne pas attribuer de nouveaux marchés publics au cours de la période couverte par cet avis, l'avis d'attribution le mentionne expressément.

III. - Pour les marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, l'acheteur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution.

Pour les marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique et les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques, l'acheteur peut regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle. Dans ce cas, il envoie ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.

IV. - Dans les conditions fixées par l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, certaines informations sur la passation du marché public peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

V. - Dans le cas de marchés publics de services de recherche et développement passés par une entité adjudicatrice, les informations concernant la nature et la quantité des services peuvent être limitées :

1° À la mention « services de recherche et développement » lorsque le marché public a été passé selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables conformément au 1° du III de l'article 30 ;
2° À des informations au moins aussi détaillées que celles qui figuraient dans l'avis qui a été utilisé comme appel à la concurrence.

Commentaires

Obligations de publication d'un avis d'attribution - Pour l'essentiel, et en application des modifications introduites par le droit européen, le délai de 48 jours pour la publication au JORF et au JOUE des avis d'attribution pour les procédures formalisées et les marchés relevant de l'article 30 du Code des marchés publics 2006 passe à 30 jours, cette fois pour tous les marchés supérieurs aux seuils européens (publication au seul JOUE pour les acheteurs autres que l'État, ses EPA, les collectivités locales et leurs groupements).

Effet de la publication d'un avis d'attribution sur les délais de recours contentieux - Le respect de cette obligation est désormais fondamental car de nature à permettre la forclusion des recours contre le contrat à l'issue d'un délai de 2 mois à compter de la publication de l'avis (CE ass. 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, req. n° 291545, et CE 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, req. n° 358994).

Section 6 : Transparence

Sous-section 1 : Rapport de présentation des procédures menées par les pouvoirs adjudicateurs

Article 105

I. - Pour les marchés publics et les systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation comportant au moins les éléments suivants :

1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché public ou du système d'acquisition dynamique ;

2° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;

3° Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix ;

4° Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené l'acheteur à la juger anormalement basse ;

5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché public que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le nom des sous-traitants.

II. - Le cas échéant, le rapport de présentation comporte également les éléments suivants :

1° Les motifs de la passation d'un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ou du recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif ;

2° Les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a pas alloué le marché public, s'il ne les a pas indiqués dans les documents de la consultation ;

3° Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé au III de l'article 44 a été exigé, si celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ;

4° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres ;

5° La description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public en application des articles 4 et 5 ;

6° Les conflits d'intérêts décelés et les mesures prises en conséquence ;
7° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché public ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique.

III. - Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées aux I et II, le pouvoir adjudicateur peut renvoyer, dans le rapport de présentation, à cet avis.

L'établissement de ce rapport n'est pas exigé pour les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre lorsque ceux-ci sont conclus sans remise en concurrence.

Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande et, le cas échéant, aux autorités chargées du contrôle des marchés publics en même temps que les documents contractuels.

Commentaires

Fonction et contenu du rapport de présentation - Pour tous les marchés supérieurs aux seuils européens (et non plus les marchés conclus dans le cadre d'une procédure formalisée, ce qui implique les marchés supérieurs à ces seuils conclus en procédure adaptée comme les marchés de services sociaux et spécifiques ou les marchés de services de représentation juridique), un rapport de présentation doit être établi par les pouvoirs adjudicateurs (et pas seulement l'État et ses EPA, les collectivités et leurs groupements).

Il convient de relever que le contenu du rapport de présentation s'étoffe par rapport au contenu précédent (CMP 2006, art. 79), avec notamment :

- les raisons d'une absence de dématérialisation ;
- les mesures appropriées pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des actes de sourçage ou la participation d'un opérateur à des actes de préparation du marché ;
- les conflits d'intérêts et les mesures palliatives.

Une partie des informations du rapport de présentation peut figurer dans l'avis d'attribution.

Références

Textes

CMP 2006, art. 79.

Sous-section 2 : Informations conservées par les entités adjudicatrices

Article 106

Pour les marchés publics et les systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'entité adjudicatrice conserve la justification des décisions relatives à la qualification et la sélection des opérateurs économiques et à l'attribution des marchés publics.

Le cas échéant, l'entité adjudicatrice conserve également les informations suivantes :

1° Les motifs de la passation d'un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ;

2° Les motifs pour lesquels elle n'a pas alloué le marché public ;

3° Les raisons pour lesquelles elle a exigé un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé au III de l'article 44, si celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ;

4° La description des mesures appropriées qu'elle a prises pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public en application des articles 4 et 5 ;

5° Les raisons pour lesquelles elle a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres.

Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées ci-dessus, l'entité adjudicatrice peut se référer à cet avis.

Ces informations, documents ou leurs principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande et, le cas échéant, aux

autorités chargées du contrôle des marchés publics en même temps que les documents contractuels.

Commentaires

Fonction et contenu du rapport de présentation - Les entités adjudicatrices, contrairement aux pouvoirs adjudicateurs, n'ont pas l'obligation d'établir formellement un rapport de présentation, mais seulement de conserver les informations relatives à la procédure de passation.

Sous-section 3 : Accès aux données essentielles des marchés publics

Article 107

I. - Au plus tard le 1^{er} octobre 2018, l'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles de ce marché public, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

Ces données comprennent les informations suivantes :

1° Au plus tard deux mois à compter de la date de notification définie à l'article 103, le numéro d'identification unique attribué au marché public et les données relatives à son attribution :

- a) L'identification de l'acheteur ;
- b) La nature et l'objet du marché public ;
- c) La procédure de passation utilisée ;
- d) Le lieu principal d'exécution des services ou travaux faisant l'objet du marché public ;
- e) La durée du marché public ;
- f) Le montant et les principales conditions financières du marché public ;
- g) L'identification du titulaire ;
- h) La date de signature du marché public par l'acheteur ;

2° Les données relatives à chaque modification apportée au marché public :

- a) L'objet de la modification ;
- b) Les incidences de la modification sur la durée ou le montant du marché public ;
- c) La date de signature par l'acheteur de la modification du marché public.

II. - Les données essentielles du marché public sont publiées selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'Économie.

Commentaires

Obligations d'open data - Les données essentielles des marchés conclus, quelles que soient les procédures utilisées et toutes les modifications éventuelles, devront être mises à disposition sur les profils d'acheteurs au plus tard au 1^{er} octobre 2018.

Pour autant, le contenu mis à disposition en ce qui concerne les marchés publics est largement moins complet que les données relatives aux concessions (art. 34 du décret 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession) qui permet la connaissance des données relatives à l'exécution du contrat, les conditions financières, etc. Les marchés publics les plus importants devraient pouvoir être plus accessibles que ce qu'impose l'article 107.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 56.

Sous-section 4 : Durée de conservation des dossiers

Article 108

L'acheteur conserve les pièces constitutives du marché public pendant une durée minimale de cinq ans pour les marchés publics de fournitures ou de services et de dix ans pour les marchés publics de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché public.

L'acheteur conserve les candidatures et les offres ainsi que les documents relatifs à la procédure de passation pendant une période minimale de cinq ans à compter de la date de signature du marché public.

Commentaires

Archives - Si des durées sont fixées réglementairement (10 ans pour les marchés de travaux, 5 pour les marchés de fournitures et services et pour toutes les pièces relatives à la procédure de passation), il n'en demeure pas moins que la durée réelle reste à apprécier également au regard de certaines garanties et de la durée réelle du marché, notamment pour les contrats globaux.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 57.

Titre IV : EXÉCUTION DU MARCHÉ PUBLIC

Chapitre I^{er} : Exécution financière

Article 109

Les articles 110 à 131 s'appliquent aux marchés publics passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Les acheteurs qui ne sont pas soumis aux articles 110 à 131 peuvent toutefois en faire volontairement application.

Commentaires

Champ d'application des articles 110 à 131 - Portant sur une exécution financière des marchés publics relevant du régime des contrats administratifs, ces articles ne concernent que les pouvoirs adjudicateurs relevant du régime de l'État, ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs groupements (art. 59.I de l'ordonnance). Les entités adjudicatrices, qui sont également ces mêmes pouvoirs adjudicateurs, doivent appliquer ces règles. En revanche, ces règles ne s'appliquent pas à la Caisse des dépôts et consignations. Enfin, les règles des articles 110 à 121 s'appliquent à Pôle Emploi, aux offices publics de l'habitat ainsi que, pour leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche, aux

EPA de l'État ayant dans leurs statuts une mission de recherche.

Les « autres acheteurs » peuvent toutefois appliquer toutes ces règles volontairement.

Les règles d'exécution reprennent pratiquement intégralement les règles figurant aux articles 86 à 117 du Code des marchés publics de 2006. Il conviendra de se reporter utilement aux commentaires des articles correspondants publiés in *Code des marchés publics commenté et annoté*, N. Charrel et M. Guibal, 8^e édition, Ed. Le Moniteur.

Pour mémoire, l'article 59 de l'ordonnance interdit les paiements différés, sauf pour la Caisse des dépôts et consignations, et sauf circonstances particulières justifiant une dérogation, sur décision ministérielle conjointe (et hors cas justifié de marché de partenariat).

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 59.

Section 1 : Avances, acomptes et régime des paiements

Commentaires

Introduction sur les modalités générales du règlement du prix - Le prix du marché se règle par avance, acompte et paiement du solde. Le paiement des marchés publics est directement lié aux modalités d'exécution des prestations et au droit des finances publiques (droit budgétaire et comptabilité publique).

Paiement après service fait - Le paiement doit en principe intervenir après constat du service fait, à l'exception du régime des avances dont la caractéristique est de permettre le versement de sommes avant tout commencement d'exécution.

Complexité des modalités de règlement du prix - Le règlement du prix concerne autant la passation que l'exécution du marché concerné. Il est indispensable que les parties soient d'accord sur le solde du marché qui les unit, et donc sur toutes les opérations qui ont précédé son calcul, conformément à leur volonté commune manifestée par leur signature au moment de l'attribution du marché. C'est pourquoi le décompte est un document fondamental, marquant réellement la possibilité de mettre fin régulièrement et définitivement au marché. Et c'est pourquoi aussi les textes et la jurisprudence consacrent son indivisibilité et son intangibilité, la minutie de sa procédure d'établissement, ainsi que le statut et les limites de sa contestation.

Règlement du prix et dispositions des CCAG - Les dispositions concernant les modalités contractuelles du paiement du prix sont précisées dans les CCAG, ainsi que les modalités et délais de contestation des décomptes. La réforme des CCAG, et plus particulièrement du CCAG-travaux, a considérablement clarifié la procédure d'établissement des décomptes en fin de marché et la procédure de contestation (voir N. Charrel, *CCAG-travaux, commenté*, 3^e édition, Ed. Le Moniteur ; les *CCAG MI, PI, TIC, commenté*, 1^{re} édition, Ed. Le Moniteur).

Sous-section 1 : Avances

Article 110

I. - Une avance est accordée au titulaire d'un marché public lorsque le montant initial du marché public ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance est calculée sur la base du montant du marché public diminué, le cas échéant, du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Dans le cas d'un accord-cadre exécuté au moyen de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 80 et comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Dans le cas d'un accord-cadre exécuté au moyen de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 80 et ne comportant pas de minimum fixé en valeur, l'avance est accordée pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois.

Dans le cas d'un accord-cadre exécuté au moyen de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 80, comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT et passé par un groupement de commande ou une unité opérationnelle distincte au sens de l'article 20 et lorsque chaque organisme ou service procède lui-même au paiement des prestations qu'il a commandées, le marché public peut prévoir que le régime de l'avance est celui qui relève des dispositions applicables aux accords-cadres à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur.

Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

II. - Le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions du III et de celles de l'article 135 :

1° À 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché public ou de la tranche affermie si leur durée est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois ;

2° Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, à 5 % du montant minimum si la durée de l'accord-cadre est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée de l'accord-cadre exprimée en mois ;

3° Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur, pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois, à 5 % du montant du bon de commande si la durée prévue pour l'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant du bon de commande divisé par la durée prévue pour l'exécution de celui-ci exprimée en mois.

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

III. - Le marché public peut prévoir que l'avance versée au titulaire dépasse les 5 % mentionnés au II.

En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30 % des montants mentionnés au II.

L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % des montants mentionnés ci-dessus, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande conformément aux dispositions de l'article 123. Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché public. Ils ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché public.

IV. - Les dispositions du présent article s'appliquent :

1° Aux marchés publics reconductibles sur le montant de la période initiale ;

2° Aux marchés publics reconduits sur le montant de chaque reconduction.

V. - Le marché public peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

Commentaires

Définition de l'avance - L'avance consiste à payer une partie des sommes prévues au marché avant tout commencement d'exécution. Elle permet en principe aux titulaires des marchés concernés de s'approvisionner auprès des fournisseurs des matériels, matériaux et autres fournitures nécessaires au démarrage des prestations et travaux objet du marché.

Avance obligatoire - Une avance en principe de 5 %, dont le montant n'est pas révisable, doit être obligatoirement accordée lorsque le marché est d'un montant supérieur à 50 000 € HT mais uniquement dans la mesure où le délai d'exécution du marché est supérieur à 2 mois. Seul le titulaire du marché peut refuser de percevoir l'avance. Cette disposition est identique pour ce qui concerne les bons de commande d'un montant supérieur à 50 000 € HT. En dessous de ce montant de 50 000 € HT, le versement d'une avance est facultatif.

L'avance peut excéder 5 % sans pouvoir dépasser 30 % du montant du marché.

L'avance peut cependant être portée à un maximum de 60 % sous réserve de la constitution d'une garantie à première demande.

Références

Textes

CMP 2006, art. 87.

Article 111

I. - Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché public par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde.

Il doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre :

1° Du marché public ou de la tranche affermie ;

2° Du bon de commande dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur ;

3° Du montant minimum dans le cas d'un accord-cadre à bons de commandes comportant un montant minimum fixé en valeur.

II. - Dans le silence du marché public, le remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 65 % des montants mentionnés au I.

III. - Les dispositions du présent article s'appliquent :

1° Aux marchés publics reconductibles sur le montant de la période initiale ;

2° Aux marchés publics reconduits sur le montant de chaque reconduction.

Commentaires

Modalités de remboursement de l'avance obligatoire - L'article 111 définit les modalités de remboursement de l'avance par un système de précompte sur les sommes dues ultérieurement aux titulaires. Le

maître d'œuvre qui ne déduit pas l'avance des demandes d'acompte commet une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du maître d'ouvrage (CAA Paris 23 novembre 2004, Société d'architecture AARD, req. n° 01PA01299).

Références

Textes

CMP 2006, art. 88.

Article 112

Lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 % de l'assiette retenue au II de l'article 110 pour la détermination du montant de cette avance, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conditionner son versement à la constitution d'une garantie à première demande portant sur tout ou partie du remboursement de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics français titulaires d'un marché public.

Commentaires

Garantie des avances inférieures à 30 % - Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande, éventuellement remplacée par une caution personnelle et solidaire en cas d'accord entre les parties.

Exception - Cette disposition n'est pas applicable à l'État et ses établissements publics qui doivent assumer le risque financier du paiement de l'avance obligatoire sans constitution de garantie. En outre, tenant compte du fait qu'une personne publique peut être titulaire d'un marché public, cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics attributaires de marchés.

Références

Textes

CMP 2006, art. 89.

Conseils pratiques

À éviter

- L'absence de garantie pour des montants importants. Cela fait porter le risque sur l'acheteur en cas de difficultés financières d'une entreprise, en particulier en cas de mise en redressement. Pour autant, l'absence d'une telle exigence constitue également une mesure en faveur des PME souvent consacrée par les acheteurs, notamment dans le cadre de « small business act » locaux.

Recommandations

- Le marché doit prévoir avec précision les conditions de remboursement des avances, notamment en fonction de l'avancement de l'exécution des prestations.
- Se reporter au modèle de garantie à première demande prévu à l'article 123.

Article 113

Lorsque le montant de l'avance est supérieur à 30 % de l'assiette retenue au II de l'article 110 pour la détermination du montant de cette avance, le titulaire du marché public ne peut recevoir cette avance qu'après avoir

constitué une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des organismes publics français titulaires d'un marché public.

Commentaires

Garanties des avances supérieures à 30 % - Compte tenu des sommes pouvant être en jeu et du fait que l'avance est payée avant tout commencement d'exécution, au-delà de 30 % du montant du marché, la constitution d'une garantie à première demande est exigée et ne peut être remplacée par une caution personnelle (**Voir également les commentaires de l'article 123 concernant la garantie à première demande**).

Exceptions - Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires du marché, elle peut également être aménagée pour les marchés publics passés pour les besoins de la Défense (voir décret « Défense »).

Références

Textes

CMP 2006, art. 90.

Sous-section 2 : Acomptes

Article 114

Le montant des acomptes correspond à la valeur des prestations auxquelles ils se rapportent. Le cas échéant, le montant versé au titulaire du marché public est diminué de la fraction correspondante de la retenue de garantie mentionnée à l'article 122.

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois.

Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens du II de l'article 57, une société coopérative de production, un groupement de producteurs agricoles, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés publics de travaux. Pour les marchés publics de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire.

Commentaires

Définition de l'acompte - À l'inverse de l'avance payée avant tout commencement d'exécution, l'acompte rémunère le titulaire d'un marché au fur et à mesure de son exécution, sans bien sûr pouvoir excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

Droit au versement d'acomptes - Le versement d'acomptes constitue un droit pour le titulaire. Lorsque le marché fait l'objet d'un contrat écrit, celui-ci doit prévoir le versement d'acomptes et en indiquer les conditions de versement.

Périodicité trimestrielle des acomptes - L'acompte est en principe versé selon une périodicité trimestrielle.

Acomptes mensuels - La périodicité de l'acompte est ramenée de plein droit à un mois pour les marchés de travaux lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan (art. 19 de la loi du 5 juillet 1996 = moins de 250 salariés et moins de 40 millions d'euros de chiffres d'affaires en moyenne sur les trois derniers exercices, à l'exception de celles détenues à plus de 33 % par une entreprise qui n'est pas elle-même une PME), 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.

Pour les marchés de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire.

Compte tenu du nombre de PME titulaires de marchés publics, l'acompte mensuel est souvent considéré, à tort, comme la règle alors qu'il n'est en réalité que l'exception à la règle de l'acompte trimestriel.

Références

Textes

CMP 2006, art. 91.

Sous-section 3 : Régime des paiements

Article 115

Constitue un règlement partiel définitif un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde.

Les marchés publics de travaux ne donnent pas lieu à des règlements partiels définitifs.

Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements non susceptibles d'être remis en cause.

Commentaires

Notion de règlement partiel définitif – Si le marché stipule des modalités de règlement partiel définitif, le règlement intervenu dans ces conditions ne saurait être remis en cause même à l'occasion du paiement du solde.

Pour les marchés de fournitures courantes et services comme pour les marchés de prestations intellectuelles, les CCAG FCS et PI prévoient les modalités de règlement partiel définitif.

En marchés de travaux, le règlement d'acompte n'a pas le caractère de paiement définitif : le bénéficiaire en est débiteur jusqu'au règlement final du marché.

Références

Textes

CMP 2006, art. 92.

Article 116

Dans le cas des marchés publics passés en lots séparés, le titulaire de plusieurs lots présente des factures distinctes pour chaque lot ou une facture globale identifiant distinctement les différents lots.

Commentaires

Modalités de présentation des factures en lots séparés – L'entreprise présente autant de demandes d'acomptes qu'elle est titulaire de marchés. Cet article n'a plus guère d'intérêt, dans la mesure où les cahiers de clauses administratives particulières (CCAP) et les cahiers de clauses administratives générales (CCAG) explicitent considérablement les modalités de présentation des factures et les pièces devant éventuellement les accompagner.

Références

Textes

CMP 2006, art. 93.

Article 117

Lorsque le marché public comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références utilisées pour l'application de cette clause est appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché public, ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure.

Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, l'acheteur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues.

Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs.

Lorsque les avances sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, le précompte est effectué après application de la clause de variation de prix sur le montant initial de l'acompte ou du solde.

Commentaires

Modalités de révision du prix initial – Les clauses de révision stipulées par le marché sont applicables aux acomptes. Voir les annotations et commentaires de l'article 18.

Article 118

En cas de résiliation totale ou partielle du marché public, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel.

Si le solde est créditeur au profit du titulaire, l'acheteur lui verse 80 % de ce montant. S'il est créditeur au profit de l'acheteur, le titulaire lui reverse 80 % de ce montant. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette ; dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article 125.

Commentaires

Règlement en cas de résiliation – Les parties conviennent des conditions de règlement du solde du marché en cas de résiliation. Les modalités peuvent faire l'objet d'un protocole transactionnel (voir commentaires de l'article 127). Les conditions de résiliation peuvent obéir à des dispositions particulières, comme celles précisées aux articles 45 à 48 du CCAG Travaux (voir les commentaires de ces articles dans l'ouvrage CCAG travaux commenté, 3^e édition, Ed. Le Moniteur).

Comme le précise l'article 121, l'indemnité proposée par l'acheteur doit être réglée dans un délai de 6 mois.

Références

Textes

CMP 2006, art. 95.

Article 119

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché public qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif, ou à paiement pour solde, sont constatées par un écrit établi par l'acheteur ou vérifié et accepté par lui.

Commentaires

Justifications des règlements - Corollaire de l'obligation d'un écrit pour les marchés publics, la facturation doit elle-même se faire par écrit.

Règles de facturation et établissement de la facture - L'établissement des factures des opérateurs économiques doit respecter les prescriptions légales et réglementaires, faute de quoi le paiement pourrait être retardé ou empêché. Les demandes d'acompte en marchés publics n'échappent pas à la règle et doivent comporter toutes les mentions obligatoires. Elles doivent également être établies dans le respect des dispositions contractuelles imposées par les CCAG notamment, afin de faciliter le traitement des factures et, par voie de conséquence, accélérer le paiement.

Références

Textes

CMP 2006, art. 97.

Article 120

Dans le cas où le marché public prévoit l'échelonnement de son exécution et des versements auxquels il donne lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates prévues.

Commentaires

Respect des règles d'exigibilité contractuelles - Les délais de règlement dans les marchés publics ne peuvent évidemment courir qu'à compter des dates d'exigibilité mentionnées dans le marché concerné. Les autres indications qui figureraient dans les factures transmises au pouvoir adjudicateur ne pourraient lui être opposées.

Références

Textes

CMP 2006, art. 99.

Article 121

En cas de résiliation du marché public ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas, dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation, à un accord sur le montant de l'indemnité, le titulaire perçoit, à sa demande, le montant que l'acheteur a proposé.

Commentaires

Délai de paiement d'une indemnité de résiliation - Cet article, à rapprocher de l'article 118, prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur qui propose une indemnité doit la régler, même en l'absence d'accord de l'entreprise concernée, dans un délai de 6 mois. L'article ne le précise pas, mais il faut également considérer que des intérêts moratoires sont dus au-delà de cette date.

Références

Textes

CMP 2006, art. 100.

Section 2 : Garanties

Sous-section 1 : Retenue de garantie

Article 122

Le marché public peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance.

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché public en cours d'exécution.

La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.

Le délai de garantie est le délai pendant lequel l'acheteur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article 123.

Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché public.

Commentaires

Retenue de garantie - Le mécanisme de la retenue de garantie a été créé par la loi du 16 juillet 1971. Il permet au maître d'ouvrage de pratiquer sur les acomptes une retenue égale au plus à 5 % de leur montant pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles révélées pendant la période de garantie prévue au marché.

Conseils pratiques

Recommandations

- Mettre en alerte les dates d'expiration des délais de garanties légales et contractuelles, surtout en cas de garanties contractuelles particulières.
- La notification des désordres doit parvenir aux opérateurs économiques, en lettre recommandée avec accusé de réception pour l'administration de la preuve, avant la date d'expiration de la garantie.
- Faire référence en particulier au CCAG travaux qui organise la mise en œuvre des levées de réserves et des désordres survenant pendant la durée de la garantie de parfait achèvement.
- Tenir un tableau de bord des garanties de tous les contrats en cours d'exécution, regroupés par services opérationnels.
- Prévoir une période d'anticipation pour procéder aux constats d'événements désordres et les faire constater pour l'établissement d'une lettre de mise en demeure.
- Les opérateurs économiques doivent déclarer à leur assurance les mises en demeure, dans les plus brefs délais.

Références

Textes

CMP 2006, art. 101.

Ord. 23 juillet 2015, art. 61.

Article 123

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire.

Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. L'acheteur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Lorsque le titulaire du marché public est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché public, y compris ses modifications en cours d'exécution.

Lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché public.

Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.

Le titulaire a la possibilité, pendant toute la durée du marché public, de substituer à la retenue de garantie une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire. Cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché public y compris les modifications en cours d'exécution. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Commentaires

Possible remplacement de la retenue par une garantie à première demande ou caution personnelle et solidaire -

L'entrepreneur peut échapper à la retenue de garantie s'il fournit pour un montant égal au marché une garantie à première demande. Il ne peut substituer à la retenue de garantie une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier que si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas. Cette possibilité de remplacement de la retenue de garantie est valable pendant toute la durée du marché.

Le montant de la garantie à première demande ou de la caution est égal au montant du marché y compris les avenants, et doit être complétée en conséquence. Les modèles de ces actes sont établis par arrêté.

Références

Textes

CMP 2006, art. 102.

Ord. 23 juillet 2015, art. 61.

Arrêté du 3 janvier 2005 pris en application de l'article 102 du Code des marchés publics et fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire - NOR : ECOM0420017A.

Article 124

Les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché public et aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Commentaires

Remboursement de la retenue de garantie - Le pouvoir adjudicateur doit rembourser la retenue de garantie dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie 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. Il peut la conserver en tout ou en partie, si les réserves exprimées n'ont pas été suivies de remise en état.

Garantie à première demande ou caution personnelle et solidaire - Elles cessent de produire effet 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.

Intérêts moratoires - En cas de retard dans le remboursement de la retenue de garantie, des intérêts moratoires sont dus par le maître d'ouvrage public.

Références

Textes

CMP 2006, art. 103.

Ord. 23 juillet 2015, art. 61.

Sous-section 2 : Autres garanties

Article 125

En cas de résiliation d'un marché public qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire, dans les conditions prévues à l'article 118, pour reverser à l'acheteur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Commentaires

Résiliation du marché et sort des sommes dues par le titulaire - Comme le prévoit l'article 118, il peut arriver que le titulaire du marché reste redevable de sommes au profit du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, s'il lui est accordé un délai pour payer 80 % de la somme due, il doit constituer une garantie à première demande ou une caution.

Références

Textes

CMP 2006, art. 104.

Ord. 23 juillet 2015, art. 61.

Article 126

Le marché public peut prévoir d'autres garanties que celle prévue à l'article 122 pour l'exécution d'un engagement particulier.

Commentaires

Garanties contractuelles complémentaires - L'article 126 renvoie au marché, et donc à son cahier des charges, le soin de définir des garanties particulières, qu'elles soient financières ou techniques. Il pourra s'agir de garanties matérielles sur des équipements, des travaux (garanties anticorrosion, garanties industrielles particulières...).

Références

Textes

CMP 2006, art. 105.

Conseils pratiques

Recommandations

- Si une garantie n'est pas reprise précisément dans le cahier des charges, elle sera difficile à exiger et mettre en œuvre.
- Toutes les garanties contractuelles exigées par le marché ne sont pas assurées par les opérateurs économiques.
- Dresser la liste des garanties générales et particulières, intégralement reprises dans le marché (clauses administratives faisant l'inventaire des garanties parfois éparpillées dans les CCTP de chaque lot technique).
- S'assurer des niveaux d'assurances (couverture, franchise, plafond de garantie, validité des extensions de garanties).

Section 3 : Financement

Sous-section 1 : Cession ou nantissement des créances

Article 127

L'acheteur remet au titulaire, à sa demande, soit une copie de l'original du marché public revêtue d'une mention dûment signée par lui indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché public, soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle défini par arrêté du ministre chargé de l'économie.

La dématérialisation du certificat de cessibilité, établi selon un modèle électronique, s'effectue suivant les modalités prévues par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Lorsque le secret exigé en matière de défense fait obstacle à la remise de la copie du marché public au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement, l'acheteur délivre au titulaire un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne contenant que les indications compatibles avec le secret.

Le titulaire du marché public peut, pour toute autre cause, demander que le contenu de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité soit réduit aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement.

S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou

dans les conditions du règlement du marché public, l'acheteur annote l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification.

Pour tout marché public prévoyant plusieurs comptables assignataires, l'acheteur fournit autant d'exemplaires uniques ou de certificats de cessibilité que de comptables, en précisant dans une mention apposée sur chacun de ces documents le comptable auquel il doit être remis. Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ou d'un marché public fractionné, il est délivré, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché public, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

Dans le cas d'un marché public exécuté par un groupement conjoint, il est délivré à chaque entreprise un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le cas d'un marché public exécuté par un groupement solidaire, il est délivré un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement, dès lors que les prestations réalisées par les entreprises ne sont pas 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.

Commentaires

Modalités du nantissement ou de la cession de créances -

La délivrance d'un exemplaire unique précisant le montant du marché au fournisseur ou prestataire permet la cession ou le nantissement des créances afférentes au marché (cession ou nantissement dit « loi Dailly » ou encore cession ou nantissement de droit commun).

En effet, afin de pouvoir garantir la traçabilité des cessions ou nantissements opérés sur un marché, et éviter ainsi en principe que plusieurs cessions ou nantissements soient établis en concurrence les uns des autres, il est délivré, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique (ou un certificat de cessibilité NOTI 6) du marché, soit un exemplaire unique (ou un certificat de cessibilité NOTI 6) de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

Exemplaire unique - L'exemplaire unique est la copie certifiée conforme de l'acte d'engagement revêtue de la mention signée du pouvoir adjudicateur : « Copie de l'original délivrée en unique exemplaire, pour être remise en cas de cession ou de nantissement ». Tout changement dans le montant des prestations exécutées par le titulaire ou un sous-traitant payé directement conduit nécessairement à une modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité.

Certificat de cessibilité - Le certificat de cessibilité doit être conforme au modèle défini par arrêté du ministre chargé de l'Économie (voir imprimé NOTI 6 qui sera à remettre à jour sur le fondement du décret 2016). Ce modèle précise, en effet, la liste des mentions obligatoires. Le certificat de cessibilité présente l'avantage d'être toujours réduit aux seules mentions utiles en cas de cession ou de nantissement, à la différence de l'exemplaire unique. Comme le précise la notice explicative du formulaire NOTI 6, ce formulaire « est mis à la disposition des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, pour leur permettre de délivrer un certificat de cessibilité de créance(s) au titulaire d'un marché public ou à son sous-traitant payé directement, lorsqu'une demande en ce sens leur est faite. Il remplace la copie de l'original du marché public revêtue de la mention « exemplaire unique ». Il permet au titulaire du marché public ou à son sous-traitant payé directement de céder ou de nantir tout ou partie des créances résultant du marché public. Le certificat de cessibilité est en effet remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement ».

Situations particulières - L'article 106 régit les modalités de cession ou nantissement de créances pour les marchés à bons de commande ou marché à tranches, avec ou sans minimum/maximum, pour le cas des groupements, les cas de sous-traitance, de groupements conjoints ou solidaires...

Références

Textes

CMP 2006, art. 106

Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics - NOR : ECEM0929046A - JO du 20 décembre 2009.

Arrêté du 28 août 2006 relatif au certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics - NOR : ECOM0620007A - JO du 29 août 2006.

Article 128

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance au titre d'un marché public notifie ou signifie cette cession ou ce nantissement au comptable public assignataire.

Ce bénéficiaire encaisse seul, à compter de cette notification ou signification au comptable, le montant de la créance ou de la part de créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Quand la cession ou le nantissement de créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée dans la cession ou le nantissement dont les mentions ont été notifiées au comptable.

En cas de sous-traitance prévue dès la passation du marché public, le titulaire indique dans son offre la nature et le montant des prestations qu'il envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct. Ce montant est déduit du montant du marché public pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement.

Commentaires

Effet de la notification ou de la signification de la cession ou du nantissement du marché - La notification ou la signification d'une cession de créance a pour effet de la rendre opposable au débiteur cédé qui ne peut valablement se libérer du paiement qu'entre les mains du bénéficiaire de la cession de créances. Comme jugé à maintes reprises, le paiement au titulaire cédant est inopposable au cessionnaire, le cédé devant payer une nouvelle fois en tant que de besoin si la cession a été notifiée ou signifiée dans les formes requises.

Références

Textes

CMP 2006, art. 107.

Article 129

En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier, la notification prévue à l'article L. 313-28 de ce code est adressée au comptable public assignataire désigné dans le marché public dans les formes prévues à l'article R. 313-17 dudit code.

Commentaires

Validité de la notification de la cession de créance - Pour être valable, la notification d'une cession de créance « Loi Dailly » doit être faite au comptable assignataire des paiements désigné au marché. À défaut, la notification est nulle et de nul effet.

Références

Textes

CMP 2006, art. 108.

Article 130

Les bénéficiaires de nantissements ou cessions de créances peuvent, au cours de l'exécution du marché public, demander à l'acheteur soit un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas l'acheteur, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché public.

Ils peuvent demander, en outre, un état des avances et des acomptes mis en paiement.

La personne chargée de fournir ces divers renseignements est désignée dans le marché public.

Sur demande des mêmes bénéficiaires, le comptable remet un état détaillé des oppositions au paiement de la créance détenue par le titulaire du marché public qu'il a reçues.

S'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, l'acheteur est tenu de les aviser, en même temps que le titulaire du marché public, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur le nantissement ou la cession.

Ils ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché public.

Commentaires

Droit d'information des bénéficiaires de cession et nantissement de créances - Il fallait une disposition réglementaire particulière pour autoriser la transmission de certaines informations aux établissements bancaires pour leur permettre d'apprécier la solidité de la créance cédée ou nantie, ce d'autant plus qu'en cas de contentieux, toutes les exceptions au paiement leur sont opposables. L'article n'instaure toutefois pas de « devoir d'information » à la seule initiative du pouvoir adjudicateur qui doit seulement communiquer sur demande du bénéficiaire de la cession ou du nantissement.

Références

Textes

CMP 2006, art. 109.

Article 131

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L. 3253-22 du Code du travail sont ceux qui ont été agréés par l'acheteur.

Le privilège ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

Commentaires

Définition du privilège de l'article L. 3253-22 du Code

du travail ou privilège de « Pluviôse » - Le décret du 26 pluviôse an II, repris dans l'article L. 3253-22 du Code du travail dispose que « les sommes dues aux entrepreneurs de tous travaux ayant le caractère de travaux publics ne peuvent être frappées de saisie-arrêt ni d'opposition au préjudice soit des ouvriers auxquels des salaires sont dus, soit des fournisseurs qui sont créanciers à raison de fournitures de matériaux et d'autres objets servant à la construction des ouvrages.

Les sommes dues aux ouvriers à titre de salaire sont payées de préférence à celles dues aux fournisseurs ».

Mise en œuvre du privilège de Pluviôse - L'article L. 3253-22 du Code du travail peut s'analyser comme une disposition d'ordre public social puisqu'il tend à garantir le paiement des salaires des ouvriers de l'entreprise sous-traitante et qu'il ne bénéficie qu'aux ouvriers et aux fournisseurs intervenant dans le cadre d'un marché de travaux publics. Il s'agit d'un droit préférentiel qui permet à son titulaire d'être payé par préférence sur les créanciers chirographaires et privilégiés, mais après les créanciers super-privilégiés (privilèges des salaires et des frais de justice).

La jurisprudence a toutefois étendu le privilège de Pluviôse aux sous-traitants des marchés de travaux publics n'ayant pas bénéficié du paiement direct institué par les articles 6 et suivants de la loi du 31 décembre 1975 (cf. CE 3 juin 2005, Société Jacqmin, req. n° 275061). La demande fondée sur le privilège de Pluviôse a un autre objet et un autre fondement que la demande de paiement direct par un maître d'ouvrage des sommes dues à un sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées.

Obligation d'agrément des fournisseurs - L'article 131 pose comme principe que seuls les fournisseurs agréés avant la livraison des fournitures pourront invoquer le privilège de l'article L. 3253-22 du Code du travail.

Sous-section 2 : Banque publique d'investissement

Article 132

Lorsque la Banque publique d'investissement envisage d'accorder des avances de trésorerie au bénéfice des titulaires de marchés publics ou au bénéfice de leurs sous-traitants ayant droit au paiement direct, l'acheteur lui fournit toute pièce justificative validant l'existence de la créance financée qu'elle demande.

Commentaires

Appui de l'acheteur pour le financement par la Banque publique d'investissement - Le cas échéant, cet article établit une obligation à laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut se dérober.

Références

Textes

CMP 2006, art. 111.

Chapitre II : Sous-traitance

Commentaires

Définition de la sous-traitance - La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsa-

bilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. Le contrat de sous-traitance est donc un contrat dit d'« entreprise » ou de « louage d'ouvrage » pour exécuter un autre contrat d'entreprise. Ainsi, possède la qualité de sous-traitant l'entreprise qui participe à l'exécution du marché principal en effectuant des prestations suivant les spécifications techniques qui lui ont été imposées.

Le principe selon lequel « le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché » (CMP 2006, art. 113) a disparu de la nouvelle rédaction du décret, mais reste un des piliers de la responsabilité en matière de sous-traitance, sur le fondement légal cette fois de l'article 62 de l'ordonnance.

Droit de sous-traiter - La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (Murcef) intégrée aux articles 112 à 117 du Code des marchés publics 2006 désormais repris aux articles 133 à 137, définit dans son titre I^{er} (articles 1 à 3) la notion de sous-traitance et les dispositions générales applicables quelle que soit la nature, publique ou privée, du maître d'ouvrage.

Ainsi est organisé au profit des sous-traitants un système de protection qui comporte des variantes selon que le marché principal est un marché public ou privé.

Le titre II (articles 4 à 10) définit le mécanisme du paiement direct réservé aux seuls sous-traitants de premier rang quand le marché principal est passé par une entité de droit public.

Le titre III (articles 11 à 15) définit le mécanisme de l'action directe et les obligations et responsabilités du maître d'ouvrage et de l'entreprise principale. Le titre II et le titre III sont exclusifs l'un de l'autre.

Aussi, l'article 11 de la loi précise-t-il que le titre III s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II. Ainsi, les sous-traitants en chaîne du sous-traitant d'un marché public bénéficient du système de protection mis en place pour les sous-traitants d'un marché privé.

Limitations au droit de sous-traiter - Alors que la loi sur la sous-traitance autorise la sous-traitance totale, l'article 133 du décret limite la sous-traitance à « certaines parties » seulement de l'exécution du marché principal. Le droit des concessions évoque la notion de « missions essentielles » ne pouvant être sous-cédées ou sous-traitées.

Distinction avec le contrat de fourniture - N'est pas sous-traitant le simple fournisseur qui, dans le cadre d'un contrat de vente, se contente de procurer à l'entrepreneur principal des matériaux standard, disponibles sur catalogue, par exemple (CE 26 septembre 2007, Département du Gard, req. n° 255993 : le fournisseur de béton prêt à l'emploi n'est pas un sous-traitant, même s'il a été agréé, et ne peut par conséquent bénéficier du paiement direct). La jurisprudence fait prévaloir ce critère de la spécificité du travail fourni sur celui de l'importance de la main d'œuvre par rapport à la valeur des matériaux.

À noter que la nomenclature des travaux telle que parue dans l'avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux (JO 27 mars 2016) mentionne comme telle la location de matériel de construction avec opérateur : réglementairement, il peut être donc désormais acquis qu'il s'agit bien d'un marché de travaux par nature, impliquant la reconnaissance d'une sous-traitance, et donc, de toutes les formalités afférentes en termes de déclaration et d'agrément.

CCAG travaux et sous-traitance - Le CCAG travaux de 2009 précise certains éléments particulièrement importants concernant la sous-traitance. Notamment, il introduit la notion de sous-traitance indirecte (ou sous-traitance en chaîne) non traitée dans le décret.

Renforcement des obligations du pouvoir adjudicateur maître d'ouvrage ou donneur d'ordre - Afin de lutter notamment contre le travail dissimulé et, bien que les pouvoirs publics s'en défendent,

transformer de plus en plus les pouvoirs adjudicateurs en agents de l'inspection du travail dont les effectifs sont insuffisants, la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale renforce leurs obligations vis-à-vis des opérateurs économiques titulaires de marchés publics, mais également de leurs sous-traitants. Parmi ces dispositions, on peut citer celles relatives à la vigilance en matière d'application de la législation du travail (art. 4 de la loi créant un nouvel article L. 8281-1 du Code du travail, imposant au « maître d'ouvrage » (comprendre le pouvoir adjudicateur pour tous les marchés autres que de travaux) et donneur d'ordre d'enjoindre par écrit un sous-traitant de faire cesser toute infraction à des dispositions légales ou conventionnelles vis-à-vis d'un salarié dans les matières suivantes :

- libertés individuelles et collectives dans la relation de travail ;
- discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- protection de la maternité, congés de maternité et de paternité et d'accueil de l'enfant, congés pour événements familiaux ;
- conditions de mise à disposition et garanties dues aux salariés par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire ;
- exercice du droit de grève ;
- durée du travail, repos compensateurs, jours fériés, congés annuels payés, durée du travail et travail de nuit des jeunes travailleurs ;
- conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries ;
- salaire minimum et paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires ;
- règles relatives à la santé et sécurité au travail, âge d'admission au travail, emploi des enfants.

De la même manière, le pouvoir adjudicateur et le donneur d'ordre sont tenus d'enjoindre et d'informer les agents de contrôle d'un manquement au paiement du salaire légal ou conventionnel minimum.

Le manquement à ces obligations entraîne des sanctions pécuniaires et une solidarité financière pour le règlement des sommes éventuellement dues par l'entreprise défaillante.

Les modalités de mise en œuvre de ces dispositions ont été précisées par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 créant notamment les articles R. 8281-1 et suivants et R. 8282-1 et suivants, punissant d'une amende de 5^e classe les contrevenants en plus de la solidarité financière.

Références

Textes

CMP 2006, art. 112 et 113.

Instruction n° 12-012-MO du 30 mai 2012 relative à la sous-traitance dans les marchés publics.

Ord. 23 juillet 2015, art. 62.

Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique - NOR : EINN1608130V - JO 27 mars 2016 (reproduit en annexe du cahier).

Conseils pratiques

Recommandations

- Les pouvoirs adjudicateurs et donneurs d'ordre doivent en principe mettre en place de mesure de contrôle, d'injonction et d'information requises par la loi. Mais toutes ces dispositions, déjà délicates à mettre en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux pour lesquels les contrôles notamment des maîtres d'œuvre, coordinateurs SPS et représentants du maître d'ouvrage demeurent relativement fréquents, restent d'application encore plus hypothétique pour les marchés de prestations de services dans le domaine des prestations intellectuelles, des marchés dans le domaine des technologies de l'information et des communications, ou encore dans les marchés industriels.

Article 133

Le titulaire d'un marché public peut, dans les conditions prévues par l'article 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché public à condition d'avoir obtenu de l'acheteur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Commentaires

Obligation d'acceptation du sous-traitant et de l'agrément de ses conditions de paiement

Le décret prévoit que le titulaire d'un marché public de travaux peut sous-traiter l'exécution de certaines parties du marché, à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement (permettant ainsi à ce dernier de bénéficier du paiement direct lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 € TTC).

Article 134

L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement sont demandés dans les conditions suivantes :

1° Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant :

- a) La nature des prestations sous-traitées ;
- b) Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- c) Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;
- d) Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- e) Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

Il lui remet également une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner.

Lorsque le montant de la sous-traitance apparaît anormalement bas, l'acheteur met en œuvre les dispositions de l'article 60.

La notification du marché public emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ;

2° Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire remet contre récépissé à l'acheteur ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés au 1°.

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché public ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 137, en produisant, lorsque les dispositions des articles 110 à 121 s'appliquent au marché public, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché public qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par un acte spécial signé des deux parties.

Figurent dans l'acte spécial les renseignements ci-dessus mentionnés au 1° ;

3° Lorsque les dispositions des articles 110 à 121 s'appliquent au marché public, si le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct, postérieurement à la notification du marché public, l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché public ou l'acte spécial, il demande la modification

de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 127. Si cet exemplaire ou ce certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché public est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible.

Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché public.

L'acheteur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise.

Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires ;

4° Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2° et 3° vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Commentaires

Conditions de la sous-traitance régulière - L'article 134 du décret décrit de manière détaillée la procédure d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement. La jurisprudence a considéré maintes et maintes fois que l'absence d'acceptation et d'agrément du sous-traitant lui interdisait de bénéficier du paiement direct. L'acceptation du sous-traitant et de ses conditions de paiement suppose une demande en ce sens de l'entrepreneur principal.

Demande au dépôt de l'offre - Lorsque la demande est présentée dans l'offre, la notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Demande en cours de marché - Si la demande est présentée après la conclusion du marché principal, l'acceptation et l'agrément des conditions de paiement figureront dans un acte spécial signé des deux parties. Le silence du maître d'ouvrage gardé pendant 21 jours à compter de la réception des documents demandés à l'article 134 du décret vaut acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement. L'acceptation tacite suppose donc une initiative de l'entrepreneur principal. Une démarche du sous-traitant seul auprès du maître de l'ouvrage est inopérante.

En aucun cas l'acceptation tacite ne peut résulter de la simple connaissance par le maître de l'ouvrage de l'existence d'un sous-traitant (CAA Bordeaux, 7 juillet 1992, SMAC Acieroid c/ SIVOM de Confolens, req. n° 90BX00238).

Acceptation du sous-traitant et cession de créances ou nantissement - L'acceptation du sous-traitant est subordonnée à la justification par l'entreprise principale qu'aucune cession ou aucun nantissement n'est susceptible de faire obstacle au paiement direct de ce sous-traitant. En cas de cession ou nantissement par l'entreprise principale, celle-ci doit demander mainlevée à hauteur du montant des prestations sous-traitées.

Conséquences de l'absence d'acceptation et d'agrément - Le sous-traitant non accepté et dont les conditions de paiement n'ont pas été agréées perd tout droit au paiement direct.

Privé du paiement direct et se heurtant à l'insolvabilité de l'entrepreneur principal, il peut mettre en jeu la responsabilité du maître de l'ouvrage à charge de prouver que le défaut d'acceptation provient d'une abstention fautive de la part du maître de l'ouvrage.

Le recours à la sous-traitance sans acceptation préalable du sous-traitant et sans agrément préalable des conditions de paiement expose l'entrepre-

neur à l'application des mesures prévues à l'article 49 de l'ancien CCAG travaux ou 48 du nouveau CCAG travaux (notamment la résiliation du marché). Il en est de même si l'entrepreneur a fourni en connaissance de cause des renseignements inexacts à l'appui de sa demande d'acceptation des sous-traitants.

Le devoir de vigilance du maître de l'ouvrage - En application des dispositions de l'article 14-1 de la loi sur la sous-traitance, applicables aux marchés publics de travaux, « le maître d'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre en demeure, l'entrepreneur principal ou le sous-traitant de s'acquitter de ses obligations ».

Le législateur n'ayant pas réglé les conséquences d'un non-respect par le maître de l'ouvrage de son devoir de vigilance, la doctrine et la jurisprudence ont été amenées à se prononcer sur cette question, retenant contre le maître de l'ouvrage deux sortes de sanctions : d'une part, la mise en jeu de sa responsabilité civile et, d'autre part, l'impossibilité pour lui de s'opposer à l'action directe du sous-traitant en raison de son défaut d'acceptation.

Références

Textes

CMP 2006, art. 114.

Article 135

I. - Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 euros TTC, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur, est payé directement, pour la partie du marché public dont il assure l'exécution.

Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment les marchés publics de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 10 % du montant total du marché public.

II. - Lorsque les dispositions des articles 110 à 121 s'appliquent au marché public, elles s'appliquent aux sous-traitants mentionnés à l'article 134 en tenant compte des dispositions particulières ci-après :

Lorsqu'une partie du marché public est sous-traitée, l'avance versée au titulaire est calculée sur la base du montant du marché public diminué le cas échéant du montant des prestations confiées aux sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

Pour le calcul du montant de cette avance, les limites fixées à l'article 110 sont appréciées par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché public ou dans l'acte spécial mentionné au 2° de l'article 134.

Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché public ou de l'acte spécial par l'acheteur.

Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article 111. Si le titulaire du marché public qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché public postérieurement à sa notification, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu

à paiement direct, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par l'acheteur dès la notification de l'acte spécial.

Commentaires

Droit au paiement direct - Le régime des avances, acomptes et paiement des articles 110 à 121 s'applique pleinement aux sous-traitants agréés. Ainsi, le droit à l'avance du sous-traitant est ouvert, à compter de la date de commencement de l'exécution du contrat de sous-traitance (notification du marché ou de l'acte spécial de sous-traitance).

Le sous-traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées est payé directement par l'acheteur, dès lors que le montant du sous-traité est égal ou supérieur à 600 euros TTC. Il est à noter que le droit au paiement direct dont bénéficie le sous-traitant régulier s'applique également aux travaux supplémentaires qu'il réalise dès lors que ceux-ci sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage.

Références

Textes

CMP 2006, art. 115.

Article 136

I. - Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa demande de paiement au titulaire du marché public, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur ou à la personne désignée par lui dans le marché public.

Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement à l'acheteur ou à la personne désignée dans le marché public par l'acheteur, accompagnée des copies des factures adressées au titulaire et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé. L'acheteur ou la personne désignée par lui dans le marché public adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

II. - Lorsque le sous-traitant utilise le portail de facturation mentionné à l'article 2 de l'ordonnance du 26 juin 2014 susvisée, il y dépose sa demande de paiement sans autre formalité. Le titulaire dispose de quinze jours à compter de ce dépôt pour accepter ou refuser la demande de paiement sur le portail de facturation.

Commentaires

Procédure du paiement direct - Dès lors que le sous-traitant est accepté et agréé, tant le titulaire, le sous-traitant que le maître de l'ouvrage doivent respecter le formalisme prévu à l'article 136 du décret.

Modalités de présentation de la facture - Le sous-traitant établit sa facture libellée au nom du titulaire qui lui a passé la commande, et l'original de ces factures est transmis au titulaire. Celui-ci est le seul responsable de la bonne exécution de la commande vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Il est donc nécessaire que le titulaire du marché enregistre, dans sa propre comptabilité, le montant des décomptes ou des factures se rapportant aux prestations sous-traitées, ainsi que les sommes payées directe-

ment au sous-traitant. En effet, le titulaire doit reprendre, dans le décompte ou la facture qu'il adresse au pouvoir adjudicateur pour le règlement de ses propres prestations, les prestations sous-traitées, en les faisant apparaître distinctement.

En cas d'utilisation d'un portail de facturation, le sous-traitant peut déposer directement sa demande de paiement, ce qui facilite de manière importante le traitement matériel de l'opération.

Demande de paiement - Dans le même temps, le sous-traitant établit sa demande de paiement, libellée au nom du pouvoir adjudicateur, et la transmet au titulaire et au pouvoir adjudicateur. La demande de paiement est accompagnée du double des pièces adressées au titulaire, ainsi que de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a reçu la demande, ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé par le titulaire.

Accord de l'entreprise principale - Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour donner son accord ou notifier son refus, d'une part au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur public.

Paiement par le pouvoir adjudicateur - Le pouvoir adjudicateur procède alors au paiement direct du sous-traitant. Il en informe le titulaire. Le délai de paiement court à compter de l'accord du titulaire ou de l'expiration du délai de 15 jours précité, en cas de silence du titulaire du marché.

Références

Textes

CMP 2006, art. 116.

Article 137

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie de l'original du marché public ou du certificat de cessibilité prévu à l'article 127 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 134 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Commentaires

Cession de créances ou nantissement par le sous-traitant présenté à la remise de l'offre - L'exemplaire unique de l'acte d'engagement ou le certificat de cessibilité doit indiquer le montant qui pourra être cédé par le titulaire et celui qui pourra être cédé par le sous-traitant.

Cession de créances ou nantissement par le sous-traitant présenté en cours d'exécution - Une copie de l'acte d'engagement portant la mention d'exemplaire unique ou un certificat de cessibilité est délivrée au sous-traitant régulier déclaré en cours d'exécution du marché. Cet exemplaire unique ou certificat de cessibilité fait apparaître le montant qui pourra être cédé par le sous-traitant.

Certificat de cessibilité - Le certificat de cessibilité doit être conforme au modèle défini par arrêté du ministre chargé de l'Économie (voir imprimé NOTI 6). Ce modèle précise, en effet, la liste des mentions obligatoires. Le certificat de cessibilité présente l'avantage d'être toujours réduit aux seules mentions utiles en cas de cession ou de nantissement, à la différence de l'exemplaire unique.

Comme le précise la notice explicative du formulaire NOTI 6, ce formulaire « est mis à la disposition des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, pour leur permettre de délivrer un certificat de cessibilité de créance(s) au titulaire d'un marché public ou à son sous-traitant payé direc-

tement, lorsqu'une demande en ce sens leur est faite. Il remplace la copie de l'original du marché public revêtue de la mention « exemplaire unique ». Il permet au titulaire du marché public ou à son sous-traitant payé directement de céder ou de nantir tout ou partie des créances résultant du marché public. Le certificat de cessibilité est en effet remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Sommes pouvant être cédées ou nanties - Pour éviter la double cession d'une même créance ou le chevauchement de deux cessions, l'article 134 du décret ne permet pas à la personne publique d'accepter un sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement dans le cas où le titulaire n'est pas en mesure d'établir qu'aucune cession ou aucun nantissement n'est susceptible de faire obstacle au paiement direct de ce sous-traitant.

Références

Textes

CMP 2006, art. 117.

Chapitre III : Contrôle du coût de revient des marchés publics de l'État et de ses établissements publics

Article 138

Les marchés publics de l'État et de ses établissements publics mentionnent les obligations prévues au II de l'article 64 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Si le titulaire ne fournit pas à l'acheteur, dans le délai imparti par celui-ci, les renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché public ou fournit des renseignements inexacts, l'acheteur peut, après mise en demeure restée sans effet, décider la suspension des paiements à intervenir dans la limite du dixième du montant du marché public lorsque le manquement est le fait du titulaire ou retenir un montant équivalent. Après nouvelle mise en demeure infructueuse, l'acheteur peut décider de transformer cette retenue en retenue définitive, sans préjudice de la résiliation éventuelle du marché public aux torts du titulaire.

La décision d'exercer un contrôle de coût de revient est prise par l'autorité qui a signé le marché public soumis au contrôle.

Les agents ou les catégories d'agents des services de l'État habilités à exercer les vérifications sur pièces ou sur place sont désignés par arrêté du ministre dont ils dépendent.

Les agents des établissements publics appelés à effectuer lesdites vérifications sont habilités nommément par arrêté du ministre de tutelle.

Les agents habilités conformément aux dispositions des deux alinéas précédents peuvent être mis à la disposition de tout département ministériel pour effectuer des vérifications au profit de celui-ci.

Tous les fonctionnaires ou agents qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application du présent article sont astreints au secret professionnel ainsi que, le cas échéant, aux règles relatives à la protection du secret en matière de défense.

Les renseignements recueillis ne peuvent être utilisés à des fins autres que le contrôle du coût de revient du marché public soumis au contrôle ou de tout autre marché public analogue.

Commentaires

Modalités de contrôle des coûts de revient - Un dispositif complet permet de donner une base légale et réglementaire à l'État et ses établissements publics (y compris industriels et commerciaux) pour mettre en place les contrôles des prix de revient de certains de leurs marchés publics (« marchés publics pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement » - art. 64 de l'ordonnance).

Ces modalités de contrôle restent largement discrétionnaires ; elles n'en constituent pas moins un contrôle administratif juridiquement encadré.

Références

Textes

CMP 2006, art. 125.

Ord. 23 juillet 2015, art. 64.

Chapitre IV : Modification du marché public

Article 139

Le marché public peut être modifié dans les cas suivants :

1° Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ;

2° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel qu'en soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché public initial, à la double condition qu'un changement de titulaire :

a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ;

b) Présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur ;

3° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ;

4° Lorsqu'un nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public, dans l'un des cas suivants :

a) En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément au 1° ;

b) Dans le cas d'une cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial ;

5° Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
- b) Elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ;
- c) Elle modifie considérablement l'objet du marché public ;
- d) Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4° ;

6° Lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues au 5° sont remplies.

Commentaires

Bouleversement de l'économie générale des modifications contractuelles - En transposant intégralement le nouveau dispositif issu des directives « Marchés publics » qui ont elles-mêmes intégré les éléments de la jurisprudence de la CJUE (en particulier, CJCE 19 juin 2008, Pressetext, aff. C 454/06), le décret entraîne de profonds changements dans l'approche des modifications des contrats, ne serait-ce qu'au constat de l'abandon pur et simple du vocable « avenant ». En effet, la rédaction de l'article 139 induit une dimension plus large des changements dans les contrats, dont certains pourront être considérés comme réguliers, d'autres, au contraire, non conformes avec tous les risques qui peuvent y être attachés, impliquant notamment l'obligation de mise en concurrence pour de nouvelles prestations, voire pire, l'obligation de résiliation. Touchant tous les acheteurs publics, le régime de modification peut se décliner en fonction d'un principe de validité en dessous d'un mécanisme de double seuil (art. 139,6°), puis, d'une validité conditionnée au fond dans certaines catégories de modifications clairement identifiées (points 1 à 4 de l'article 139). Reste le point 5 qui définit, par examen a contrario, ce qui pourrait être considéré comme une modification substantielle et donc illégale.

Principe de validité des modifications respectueuses du double seuil - Certaines modifications, que l'on peut continuer dans notre vocabulaire juridique traditionnel à appeler avenant, ne nécessitent pas de mise en concurrence.

- Présomption de légalité des avenants dont le montant est inférieur :
 - à 10 % du montant du marché de fournitures ou de services ;
 - à 15 % du montant du marché de travaux.

et

- aux seuils suivants :
 - 209 000 € HT pour les fournitures et services (135 000 € HT pour l'État) ;
 - 5 225 000 € HT pour les travaux.
- Attention, a contrario, présomption de modification substantielle lorsque l'avenant est égal ou supérieur à 10 % ou 15 % du montant initial du marché ou égal ou supérieur au seuil européen correspondant à son objet.
- Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, le montant en question est le montant cumulé des modifications successives.

Modifications autorisées sans nouvelle mise en concurrence - L'article 139 dresse la liste, limitative et d'interprétation stricte, des cas dans lesquels les modifications sont autorisées :

- Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. Attention à ce que ladite clause soit suffisamment précise sur le champ d'application, la nature des modifications et ses conditions de mise en œuvre.
- Lorsque des travaux fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, aux conditions suivantes :
 - le changement de titulaire s'avère impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ; ou
 - le changement de titulaire présente pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts ;

et

- le montant n'excède pas 50 % du montant initial du marché initial (pour chaque modification).
- Lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir => limité également à 50 % du montant du marché initial (pour chaque modification).
- Lorsqu'un nouveau titulaire se substitue à celui auquel l'acheteur public a initialement attribué le marché public :
 - soit en application d'une clause de réexamen ;
 - soit en cas de cession à la suite d'opération de restructuration et sous réserve de la justification des capacités économiques, financières et professionnelles du nouveau titulaire.
- Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne peuvent être considérées comme substantielles. Tel sera le cas si aucune des quatre conditions suivantes n'est remplie :
 - la modification introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;
 - la modification modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
 - la modification entraîne un changement considérable de l'objet du marché ;
 - la modification a pour objet le changement de titulaire en dehors des hypothèses expressément autorisées.

Conséquences en cas de modifications interdites - Selon les hypothèses concernées, l'acheteur devra :

- mettre en concurrence les prestations supplémentaires non autorisées ;
- résilier le contrat (changement de titulaire non autorisé) ;
- résilier et remettre en concurrence le tout.

La jurisprudence connue et rendue depuis longtemps sur le fondement de l'article 20 de l'ancien Code des marchés publics devra être analysée désormais à l'aune de ces nouvelles dispositions ; et également être relativisée compte tenu des nouvelles possibilités de modifications ouvertes par l'article 139.

Avis préalable de la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales et leurs groupements - En application des dispositions de l'article L. 1414-4 du CGCT, introduites par l'ordonnance du 23 juillet 2015, « tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres ».

En outre, si aucune délégation n'a été donnée à l'exécutif, « lorsque l'assem-

blée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis ». Enfin, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres, à savoir les marchés inférieurs aux seuils européens.

Références

Textes

CMP 2006, art. 20.

Ord. 23 juillet 2015, art. 65.

Jurisprudence

CJCE 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH/ Autriche, aff. C 454/06 (Conditions de validité des avenants).

CE avis 8 juin 2000, M. Biancarelli (Condition de validité de changements dans la situation juridique du titulaire).

Conseils pratiques

Recommandations

- La définition de seuil de limite de validité des avenants impose de ne pas les dépasser : il n'y a plus la souplesse de la notion de « bouleversement de l'économie générale » qui permettait de valider des avenants autour de 15 % selon les cas et les juridictions.
- Les risques liés au dépassement non autorisé des modifications objectivent un risque pénal.
- Avant tout et surtout, anticiper l'évolution de ses besoins au regard de la nature de l'opération pour limiter le risque d'avenant irrégulier.
- Prévoir des modalités de rémunérations spécifiques pour des besoins qui pourraient apparaître en cours d'opération : plus le contrat risque d'être long, plus des besoins complémentaires peuvent apparaître, prévisibles dans leur principe pour un acheteur diligent, mais pas en terme d'étendue et d'occurrence (nouvelles études, évolution de réglementation).
- Préciser dans le contrat, à rédiger avec une matrice de risque, ou du moins une grille de risque, surtout dans les contrats à prix global et forfaitaire, les prestations qui seront incluses dans le prix initial et celles ne l'étant pas et pouvant soit faire l'objet d'un avenant, soit l'objet d'un nouveau marché, à moins qu'elles répondent aux critères d'indissociabilité requis pour permettre une modification sans limitation de montant.

Article 140

I. - Lorsque le marché public est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 139 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché public initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

II. - Pour le calcul du montant des modifications mentionnées au 6° de l'article 139 et au I du présent article, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

Lorsque plusieurs modifications successives relevant du 6° de l'article 139 sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

III. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification dans les hypothèses prévues aux 2° et 3° de l'article 139.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées à l'article 36, conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires stan-

dard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

Commentaires

Conditions d'appréciation de certaines conditions de validité des modifications contractuelles - Comme déjà précisé dans les commentaires de l'article 139, si les conditions de fond de certaines modifications sont remplies, elles sont toutefois pour certaines (art. 139, 2° et 3°) limitées à 50 % du montant du marché public initial : ce seuil est apprécié pour chaque modification dont les montants ne doivent dès lors pas être cumulés en cas de survenance de plusieurs modifications. À l'inverse pour les « avenants » traditionnels, l'appréciation des seuils de montant et de pourcentage définis au 6° de l'article 139 doit prendre en compte toutes les modifications successives.

Obligation de publication des modifications - Pour les marchés conclus selon des procédures formalisées, la publication d'un avis au JOUE (mais curieusement pas au BOAMP) est obligatoire dans les cas suivants :

- travaux, fournitures ou services supplémentaires (art. 139, 2°) ;
- modification nécessaire suite à des circonstances non prévisibles pour un acheteur diligence (art. 139, 3°).

Conseils pratiques

À éviter

- Omettre la publication au JOUE. Cela pourrait permettre à tout tiers intéressé de déposer un recours sans condition de délais, créant une insécurité juridique.

Recommandations

- La publication reste la seule condition pour limiter les recours sans condition de délais. Mais elle pourrait générer plus de contentieux à l'encontre des modifications contractuelles qui auparavant ne pouvaient être suivies notamment par les concurrents évincés lors de la procédure d'attribution.
- Cette publication aura le mérite de conduire à renforcer les argumentaires permettant la justification des modifications concernées.

Chapitre V : Observatoire économique de la commande publique

Article 141

Un observatoire économique de la commande publique placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il constitue une instance de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et contribue à la diffusion des bonnes pratiques. Sa composition, son organisation et ses modalités de fonctionnement sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'observatoire effectue chaque année, sur la base des informations transmises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, un recensement économique des contrats de la commande publique dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. À cet effet, il fait notamment appel, en tant que de besoin, aux services de l'État compétents en matière d'enquêtes statistiques et peut utiliser les

données présentes dans les systèmes d'informations comptables publics.

Commentaires

Rôle de l'observatoire de la commande publique - L'observatoire a un rôle d'observation des marchés et réalise chaque année un recensement économique des contrats, mais aussi un certain nombre d'études alimentant la réflexion notamment sur les conditions de mise en œuvre d'une réglementation essentiellement fondée sur le droit européen.

Chapitre VI : Règlement amiable des différends

Article 142

En cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises ou aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret.

Les comités consultatifs de règlement amiable ont pour missions de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

La saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux jusqu'à la notification du constat de clôture de la médiation ou la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

Le mode de saisine, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs sont fixés par décret.

Commentaires

Rôle du médiateur des entreprises ou des comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA) - Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges concerne depuis longtemps les marchés publics, en particulier à travers le rôle des CCRA. Le décret de 2016 ne remet dès lors pas en cause cette instance non juridictionnelle devant laquelle certains litiges finissent par se régler.

Comité national et comités régionaux - Il existe un comité national compétent pour les marchés : des services centraux de l'État ; des établissements publics de l'État à caractère administratif, lorsque le marché couvre des besoins excédant le ressort d'un seul comité régional ou interrégional ; des services à compétence nationale, lorsque le marché couvre des besoins excédant le ressort d'un seul comité régional ou interrégional. Sept comités régionaux (Paris, Versailles, Nancy, Lyon, Marseille, Nantes, Bordeaux) peuvent être saisis de litiges concernant les marchés : des services déconcentrés de l'État ; des établissements publics de l'État à caractère administratif et des services à compétence nationale lorsque ceux-ci couvrent des besoins relevant du ressort d'un seul comité local ; des collectivités territoriales et établissements publics locaux.

Conditions d'interruption des délais - La saisine du comité interrompt les délais de procédure ou de recours, notamment dans les conditions définies par l'article 50.4 du CCAG travaux, aucune disposition particulière n'existant dans les autres CCAG. Le délai recommence à cou-

rir à compter de la « décision prise par le pouvoir adjudicateur » (on peut supposer que le délai recommence également à courir sur le fondement d'une décision implicite de rejet), et ce pour la durée restant à compter de la saisine du comité.

Recours au médiateur des entreprises - Innovation du décret, la saisine du médiateur des entreprises (qui a repris les missions autrefois dévolues au médiateur des marchés publics) est mentionnée au titre des modes de règlement amiable. Sa saisine interrompt également le cours des prescriptions et des délais de recours contentieux.

Références

Textes

CMP 2006, art. 127.

DEUXIÈME PARTIE : DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

Commentaires

Introduction sur le régime des marchés de partenariat – Comme évoqué dans les commentaires de l'article 66 de l'ordonnance, le régime des marchés publics issu de la réforme 2015/2016 rationalise les définitions des différents contrats de commande publique et intègre les partenariats public-privé (PPP) dans le régime des marchés publics. Il en résulte que de nombreux articles de la première partie du décret leur sont applicables, à l'exception d'une liste précise liée à la spécificité de ces marchés de partenariat (art. 143). Cette deuxième partie du décret décline ensuite les règles particulières.

Article 143

Les marchés de partenariat sont soumis aux dispositions de la première partie du présent décret, à l'exception des articles 12, 16 à 19 et 109 à 137, ainsi qu'aux dispositions suivantes.

Commentaires

Application des règles des marchés publics – Si la plupart des règles des marchés publics s'appliquent aux marchés de partenariat, certains articles sont toutefois spécifiquement exclus :

- l'obligation d'allotissement (art. 12) bien sûr, le marché de partenariat étant un contrat global ;
- le régime général de la durée imposant en principe une remise en concurrence périodique (art. 16) ;
- le régime général des prix (art. 17, 18 et 19) compte tenu du mode de rémunération complexe des marchés de partenariat dont les clauses spécifiques vont traiter de ces aspects ;
- le régime général de l'exécution financière, des garanties, de financement et de sous-traitance des marchés traditionnels (art. 109 à 137).

Choix de la procédure de passation – L'application des règles de la première partie du décret aux marchés de partenariat implique donc que toutes les procédures de passation des marchés publics sont à la disposition de l'acheteur pour son projet, et en priorité la procédure concurrentielle avec négociation (ou procédure négociée avec mise en concurrence pour les entités adjudicatrices) et la procédure de dialogue compétitif.

Article 144

La durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

Chapitre I^{er} : Conditions de lancement de la procédure

Section 1 : Instruction du projet

Article 145

L'instruction du projet inclut la réalisation de l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire prévues à l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Commentaires

Dossier d'instruction du marché de partenariat – En cas de souhait (ou du moins de possibilité) de recourir à un marché de partenariat, l'évaluation préalable et l'étude de soutenabilité sont obligatoires en vue de l'établissement du bilan qui permettra de justifier le choix du contrat le plus adapté, qui d'ailleurs au final, ne sera pas nécessairement le contrat de partenariat.

Le contenu de l'évaluation préalable, tel que défini à l'article 24 du décret, annonce d'ailleurs une méthodologie d'approche plus transversale des outils d'investissement et des véhicules juridiques mobilisables, dans une logique d'optimisation globale des projets.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 74.

Article 146

I. - Les projets de marchés de partenariat conclus pour le compte des acheteurs non autorisés au sens de l'article 71 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée sont instruits par le ministre de tutelle.

Au sens du présent article, le ministre de tutelle est :

- 1° Le ou les ministres exerçant la tutelle en application des textes législatifs ou réglementaires en vigueur ;
- 2° Pour les groupements d'intérêt public, le ou les ministres ayant approuvé la convention constitutive ;
- 3° Pour les associations et les fondations, le ou les ministres représentés au sein de leurs organes décisionnels ;
- 4° Pour les établissements publics de santé et les structures de coopé-

ration sanitaire dotées de la personnalité morale publique, le ministre chargé de la santé ;

5° Pour les autorités administratives indépendantes, les autorités publiques indépendantes et les organismes non mentionnés aux 1° à 4°, le ou les ministres compétents dans les domaines dans lesquels ces autorités et organismes exercent leurs missions.

II. - Pour procéder à cette instruction, le ou les ministres de tutelle peuvent faire appel aux services d'un autre ministre, à un groupement d'intérêt public ou à un établissement public, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires déterminant les compétences ou les attributions de ceux-ci. Les acheteurs peuvent être consultés pour les besoins de cette instruction.

Commentaires

Détermination des ministres de tutelle pour l'instruction du dossier - Si certains acheteurs sont par principe autorisés à recourir aux marchés de partenariat (les collectivités territoriales et leurs groupements), d'autres sont soumis à l'instruction du ministre de tutelle, selon la liste établie par l'article 146, ministre pouvant lui-même solliciter d'autres ministres et organismes.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 77.

Article 147

L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet mentionnée à l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée est réalisée, quel que soit le montant du marché de partenariat, selon les modalités prévues au II de l'article 24.

Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public ou privé de l'acheteur, cette évaluation analyse la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de celui-ci.

Commentaires

Contenu de l'évaluation préalable - Les marchés de partenariat doivent être évalués, pour mémoire quel que soit leur montant (art. 74 de l'ordonnance), selon les prescriptions des évaluations obligatoires pour les investissements de plus de 100 M € (par renvoi à l'article 24 du décret). Il conviendra néanmoins de respecter un principe de proportionnalité dans la rédaction de ces évaluations dont la méthodologie devra être beaucoup plus orientée sur du qualitatif que du quantitatif.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 74.

Article 148

L'étude de soutenabilité budgétaire mentionnée à l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée prend en compte tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat. Elle inclut notamment le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle, l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière, l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ainsi qu'une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

Commentaires

Étude de soutenabilité budgétaire - Venant en complément de l'évaluation préalable, elle se doit d'aborder plus spécifiquement les aspects financiers. Au regard de la liste des éléments à appréhender, il s'agira d'une étude d'impact financier assise sur les données financières et budgétaires réelles de chaque acheteur. Les aspects traitant des engagements en « haut de bilan » et des coûts pouvant résulter d'une rupture anticipée pourront être particulièrement examinés.

Sur ce point, au regard des mécanismes budgétaires et de la normalisation des comptes, le principe de proportionnalité ne semble pas pouvoir s'appliquer aux modèles financiers qu'il faudra « faire tourner » en tout état de cause.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 74.

Article 149

L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont actualisées à tout moment de la procédure de passation en cas de circonstances nouvelles susceptibles de modifier substantiellement son économie générale.

Commentaires

Obligation d'actualisation - Compte tenu des délais que peuvent prendre les procédures de marchés de partenariat, les études doivent être actualisées en fonction des circonstances nouvelles pouvant impacter substantiellement l'économie générale du dispositif imaginé.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 74.

Article 150

Lorsque le marché de partenariat est passé sous la forme d'un accord-cadre, l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont réalisées avant le lancement de la procédure de passation de l'accord-cadre.

Commentaires

Prise en compte des particularités d'un marché de partenariat conclu sous la forme d'un accord-cadre - La nature particulière de certains projets peut conduire à élaborer des marchés de partenariat via un accord-cadre. Cela peut permettre de séquencer les prestations dues par le partenaire ou de faire face à une certaine forme d'indétermination des prestations à réaliser (travaux sur des monuments historiques classés par exemple). Les études sont à réaliser évidemment avant le lancement de consultation de l'accord-cadre et non pas au moment de la conclusion des marchés consécutifs qui n'en sont, finalement, que des modalités de mise en œuvre.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 74.

Section 2 : Conditions de recours

Article 151

I. - Le seuil prévu à l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, au-delà duquel les acheteurs peuvent recourir au marché de partenariat, est fixé à :

1° 2 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;
2° 5 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :

a) Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;

b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° du II de l'article 67 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

3° 10 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent I.

II. - La valeur du marché de partenariat comprend :

1° La rémunération du titulaire versée par l'acheteur ;

2° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine ;

3° Le cas échéant, les éventuels concours publics.

La valeur à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence à la publication.

Commentaires

Éligibilité aux marchés de partenariat - Sur la base de l'ordonnance qui renvoyait au décret la charge de déterminer les montants d'éligibilité des opérations à la procédure de marché de partenariat, l'article 151 a fixé les montants au regard de la nature des projets, selon trois seuils :

- 2 M € HT pour les investissements immatériels, système d'informations et équipements autres que des ouvrages, ou lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique ;
- 5 M € HT pour les infrastructures et les ouvrages de bâtiments sans exploitation maintenance ou gestion de service public ;
- 10 M € HT dans tous les autres cas.

Calcul de l'assiette du seuil - L'ensemble des recettes et le prix versé sur la durée totale du contrat sont à prendre en considération.

Effet induit des seuils et de la suppression de certains montages qualifiés « d'aller-retour » - Des contrats qui pourraient être qualifiés de nouveaux marchés de partenariat, faute de pouvoir relever du régime des concessions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 compte tenu d'une insuffisance de transfert de risques, ne seront plus éligibles à des financements externalisés, comme de nombreuses collectivités territoriales le font avec des commandes de travaux adossées à des contrats immobiliers (voir commentaires de l'article 67 de l'ordonnance).

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 75.

Article 152

Pour établir le bilan prévu à l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'acheteur tient compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé. Pour démontrer que ce bilan est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, il procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment :

1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ;

2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;

3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ;

4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée.

Commentaires

Choix du contrat fondé sur un bilan - Le bilan résultant des différentes études réalisées doit permettre de fonder la décision de recourir au marché de partenariat, selon l'appréciation des éléments désormais plus larges que précédemment concernant le contenu de l'évaluation préalable. Indéniablement, l'ouverture des possibilités de recours aux marchés globaux tels que les CREM (voir commentaires de l'article 33 de l'ordonnance et de l'article 91 du décret) peut être également une réelle opportunité, au moins à une période de taux d'intérêt très bas, alors même que l'utilisation des anciens « PPP » avait pu être perçue comme le moyen de contourner les limitations importantes des possibilités d'utilisation des contrats globaux de performance.

Section 3 : Avis et autorisations préalables

Article 153

L'organisme expert mentionné à l'article 76 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, placé auprès du ministre chargé de la réglementation de la commande publique, rend un avis sur l'évaluation du mode de réalisation du projet dans un délai de six semaines suivant sa saisine. À défaut, l'avis est réputé favorable. Les modalités d'organisation et de fonctionnement de cet organisme expert sont précisées par décret.

Commentaires

Avis de l'organisme expert - Une fois saisi sur l'évaluation préalable, l'organisme expert (Fin Infra, anciennement Mapp) dispose de 6 semaines pour émettre un avis. Bien entendu, les réunions de travail en amont facilitent le cadre des études, leur contenu et donc le traitement des demandes d'avis, réputés favorables au-delà de ce délai.

Article 154

Le ministre chargé du budget, auquel l'évaluation du mode de réalisation du projet est communiquée, émet un avis motivé sur l'étude de soutenabilité budgétaire. Il se prononce dans un délai de six semaines suivant sa saisine. À défaut, l'avis est réputé favorable.

Commentaires

Avis du ministre du Budget sur l'étude de soutenabilité - Cet avis, certes consultatif et réputé favorable au-delà d'un délai de 6 semaines après la saisine, a été l'objet de critiques de la part du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN), y voyant là une forme de tutelle de l'État sur les collectivités territoriales.

Cet avis peut néanmoins être le gage d'une analyse critique objective des conditions de soutenabilité budgétaire d'un projet et constituer ainsi un dispositif d'alerte en cas d'insuffisance de l'étude réalisée.

Article 155

Pour les projets de l'État, les ministres chargés du budget et de l'économie autorisent, en application de l'article 77 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'évaluation du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire ainsi que des avis mentionnés aux articles 153 et 154 ou, lorsqu'ils sont tacites, à compter de la date à laquelle ceux-ci sont réputés acquis.

Pour les projets des établissements publics de l'État, l'évaluation et l'étude préalables et les avis mentionnés aux articles 153 et 154 sont présentés à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Pour les projets des acheteurs non autorisés mentionnés à l'article 71 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'autorisation préalable au lancement de la procédure de passation est donnée par les ministres chargés du budget et de l'économie.

Commentaires

Modalités d'autorisation pour les projets de l'État - L'autorisation est réputée acquise dans le délai d'un mois à compter de la réception des études obligatoires, ce qui suppose que, bien entendu, un travail préalable important aura déjà été réalisé.

L'accord de l'organe délibérant des établissements publics de l'État, au vu des études réalisées, est obligatoire avant le lancement de la procédure.

L'accord du ministre de tutelle des acheteurs « non autorisés » (art. 71 de l'ordonnance et 146 du décret) est également obligatoire, mais sans condition de délai.

Chapitre II : Obligations relatives à l'achèvement de la procédure

Section 1 : Accord préalable à la signature

Article 156

I. - Un marché de partenariat ne peut être signé par l'État qu'après accord des ministres chargés du budget et de l'économie. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

II. - Un marché de partenariat ne peut être signé pour un établissement public de l'État qu'après accord des ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle. L'accord de chacun des ministres est réputé acquis à défaut de réponse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

III. - Lorsque la procédure de passation d'un marché de partenariat a été lancée pour le compte d'un acheteur non autorisé mentionné à l'article 71 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, ce marché ne peut être signé qu'après accord exprès des ministres chargés du budget et de l'économie.

IV. - Préalablement à l'autorisation prévue au II de l'article 78 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, la collectivité territoriale ou l'établissement public local concerné peut solliciter l'avis de l'organisme expert mentionné à l'article 153 sur le projet de marché de partenariat.

Lorsqu'il est saisi, l'organisme expert émet un avis dans un délai de six semaines. À défaut, l'avis est réputé rendu.

Dans le cadre de cette saisine, l'organisme expert peut solliciter l'avis des services du ministre chargé du budget sur la soutenabilité budgétaire du contrat.

Commentaires

Encadrement des règles de signature des marchés de partenariat - L'article 156 définit les différentes règles de compétence pour la signature du contrat.

Concernant les collectivités territoriales et leurs groupements, l'assemblée délibérante semble nécessairement compétente. Étant toutefois précisé que la décision peut être précédée d'un avis de la mission expert (Fin Infra anciennement Mapp) sur le contrat envisagé qui, de nouveau, peut saisir les services du ministre du Budget sur la soutenabilité budgétaire du contrat résultant de la procédure de passation.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 78.

Conseils pratiques

Recommandations

- Compte tenu de la complexité de ces contrats et des risques contentieux et financiers qui peuvent en découler, l'avis de Fininfra sur le contrat avant signature ne peut qu'être recommandé.
 - De même, au regard des impacts financiers des modes de financement proposés dans le cadre des négociations et des évolutions de la matrice de risques (avec incidence sur la monétarisation des risques), l'avis sur la soutenabilité budgétaire peut être utile également.
-

Section 2 : Signature du marché

Article 157

Le ou les ministres de tutelle concluent les marchés de partenariat pour le compte des acheteurs non autorisés au sens de l'article 71 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée. À compter de la signature du contrat, ces acheteurs assument la totalité des droits et obligations qui y sont attachés.

Section 3 : Dispositions particulières relatives à la conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels

Article 158

Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au titulaire, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural. Parmi les critères d'attribution du marché figure la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Commentaires

Critères d'attribution des marchés de partenariat - Cet article précise l'article 62 du décret (voir les commentaires de cet article) également applicable aux marchés de partenariat, en insistant sur la qualité architecturale pour les projets portant sur des bâtiments et sur la qualité globale, bien qu'il serait délicat pour un acheteur de s'exonérer de ces critères pour l'attribution.

La pondération des critères s'impose par référence à l'article 62.

Chapitre III : Financement du projet et rémunération du titulaire

Section 1 : Financement

Article 159

Lorsque l'acheteur prévoit que les modalités de financement du projet peuvent présenter un caractère ajustable, il le mentionne dans les documents de la consultation.

Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché de partenariat présente le financement définitif dans un délai fixé par l'acheteur. À défaut, le marché de partenariat ne peut lui être attribué et le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai.

Commentaires

Attribution sous réserve de financement définitif - La complexité des dossiers induisant l'intervention de financement implique une chronologie ne permettant pas de figer l'offre de financement au regard des délais qui peuvent s'écouler entre la décision d'attribution et la date de signature. Les conditions financières peuvent donc devoir s'ajuster en particulier en fonction de l'évolution des taux autour desquels le financement est structuré.

L'attribution définitive peut donc reposer sur une offre financière ajustable selon des conditions préalablement définies. L'accord de financement peut intervenir dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur. Pour autant, cette disposition conduisant à risquer de devoir attribuer au projet classé second,

et donc en principe de moindre qualité et peut-être plus onéreux, ne doit pas risquer d'être mise en œuvre sans avoir pris toutes précautions pour ne pas se faire enfermer dans des délais trop courts.

Section 2 : Participation au capital du titulaire

Article 160

Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre les dispositions du III de l'article 80 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'avis d'appel à la concurrence, ou à défaut, les documents de la consultation mentionnent que le concours de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics au financement des investissements prend la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire et précise les principales caractéristiques de la société de projet à constituer.

Les offres sont accompagnées du projet de statut de cette société.

Commentaires

Participation minoritaire à la société de projet - En application de l'article 80 de l'ordonnance (voir les commentaires), l'acheteur qui entend pouvoir participer à la société de projet doit le mentionner dans l'avis d'appel à la concurrence ou les documents de la consultation, avec l'indication des caractéristiques de la société, de sorte que les concurrents puissent présenter le projet de statut dans leur offre.

Les discussions pourront dès lors porter sur le volet gouvernance de la société de projet à constituer.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 80.III.

Section 3 : Rémunération du titulaire

Article 161

I. - Le marché de partenariat précise les conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour le calcul de la rémunération du titulaire :

1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ;

2° Les coûts de fonctionnement, notamment les coûts d'entretien, de maintenance et de renouvellement des ouvrages et des équipements ;

3° Les coûts de financement ;

4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine.

II. - Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variations de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée.

III. - Le marché de partenariat peut prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont

celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation.

Commentaires

Détermination des modalités de rémunération - Au cœur du marché de partenariat, les éléments qui concourent à la détermination de la rémunération du titulaire du contrat doivent être établis et distingués, selon l'énumération opérée par l'article 161 établie sur la base des quatre grandes catégories : investissement, fonctionnement, coût du financement et, éventuellement, revenus accessoires issus d'activités annexes ou de valorisation du domaine.

Les modalités de paiement ainsi que la compensation entre les sommes dues et les éventuelles pénalités doivent également être établies par le contrat.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 83.

Article 162

Le marché de partenariat prévoit les modalités d'ajustement de la rémunération du titulaire en cas de modification des conditions de financement non prévue dans le plan de financement initialement retenu dans le contrat.

Commentaires

Détermination des modalités d'ajustement de la rémunération - Lorsque l'acheteur en a prévu la possibilité, le contrat doit également contenir des clauses relatives aux ajustements de rémunération en cas de modification des conditions de financement non prévue.

Ces clauses permettront par conséquent de conclure des avenants conformes aux conditions de validité posées par l'article 139 du décret.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 82.

Chapitre IV : Dispositions particulières relatives à l'exécution des marchés de partenariat

Section 1 : Petites et moyennes entreprises

Article 163

La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans au sens du II de l'article 57, en application de l'article 87 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, est fixée à 10 % du montant prévisionnel du

contrat hors coût de financement, sauf lorsque le tissu économique dans le secteur concerné ne le permet pas.

Commentaires

Mise en œuvre de la réservation d'une part du marché aux PME et aux artisans - En application de l'article 87 de l'ordonnance, la part minimale à réserver aux PME et aux artisans est de 10 %. Rappel étant fait que les acheteurs doivent déterminer les modalités de jugement des offres au regard du critère lié à la prise en compte des PME et artisans (art. 87.III de l'ordonnance).

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 87.

Section 2 : Délai de paiement des prestations fournies au titulaire du marché de partenariat

Article 164

Le délai de paiement prévu au II de l'article 87 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée est celui qui s'impose à l'acheteur en application 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.

Commentaires

Application des délais de paiement de la commande publique aux prestataires du titulaire du marché de partenariat - En application de l'article 87.II de l'ordonnance, les prestataires du titulaire du marché bénéficient des mêmes délais que ceux s'appliquant à la commande publique (30 jours pour l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, 50 jours pour les établissements publics de santé et 60 jours pour les entreprises publiques).

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 87.

Section 3 : Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat

Article 165

I. - Le rapport mentionné à l'article 88 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée est établi par le titulaire et doit permettre la comparaison entre l'année qu'il retrace et les précédentes. Il comprend notamment :

1° Les données économiques et comptables suivantes :

a) Le compte annuel de résultat de l'exploitation de l'opération objet du marché de partenariat, rappelant les données présentées l'année précé-

dente au même titre et présentant les données utilisées pour les révisions et indexations contractuelles et les justifications des prestations extérieures facturées à l'exploitation ;

b) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique retenus pour la détermination des produits et charges imputés au compte de résultat de l'exploitation, avec, le cas échéant, la mention des changements, exceptionnels et motivés, intervenus au cours de l'exercice dans ces méthodes et éléments de calcul ;

c) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du marché et le tableau d'amortissement de ce patrimoine ;

d) Un compte rendu de la situation des autres biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage, de l'équipement ou du bien immatériel objet du marché, mise en comparaison le cas échéant avec les tableaux relatifs à l'amortissement et au renouvellement de ces biens et immobilisations ;

e) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année ;

f) Les engagements à incidences financières liés au marché et nécessaires à la continuité du service public ;

g) Les ratios annuels de rentabilité économique et de rentabilité interne du projet ainsi que la répartition entre le coût des fonds propres et le coût de la dette afférents au financement des biens et activités objets du marché ;

2° Le suivi des indicateurs correspondant :

a) Aux objectifs de performance prévus au I de l'article 83 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

b) À la part d'exécution du marché confiée à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans au sens du II de l'article 57, en application du I de l'article 87 de ladite ordonnance ;

c) Au suivi des recettes annexes perçues par le titulaire en application au II de l'article 83 de ladite ordonnance ;

d) Aux pénalités demandées et à celles acquittées par le titulaire.

II. - Les pièces justificatives de ces données sont transmises à l'acheteur à sa demande.

Commentaires

Contenu du rapport annuel du marché de partenariat - De manière à pouvoir assurer un suivi du marché de partenariat, un rapport annuel dont les éléments sont précisés par l'article 165 doit permettre à l'acheteur de disposer de l'essentiel des données économiques et comptables, mais également un suivi des indicateurs de performance, de la part réservée aux PME, des recettes perçues et des pénalités.

Les modalités de transmission de ce rapport annuel, les délais et les pénalités en cas de non-respect des prescriptions doivent être mentionnés au contrat.

Comme l'impose l'article 88.III de l'ordonnance, ce rapport annuel (et les comptes rendus des contrôles) sont transmis à l'assemblée délibérante des collectivités territoriales ou de leurs groupements, pour débat.

Contrairement aux dispositions assez comparables applicables aux concessions portant délégations de service public (art. L. 1411-13 du CGCT), le rapport annuel (et les comptes rendus annuels de contrôle) ne doivent pas être obligatoirement mis à disposition de la population, ce qui mériterait un supplément de transparence concernant les marchés de partenariat.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 88.

Article 166

I. - L'acheteur assure un contrôle de l'exécution du marché de partenariat à chacune des phases de réalisation des missions prévues par le contrat :

1° En phase de construction, ce contrôle porte notamment sur la qualité des ouvrages construits et leur conformité au programme fonctionnel prévu dans le contrat, sur les coûts et délais définitifs de l'ouvrage construit et du plan de financement retenu ;

2° En phase d'exploitation des ouvrages ou du service public, il porte notamment sur la qualité, le respect des objectifs de performance et le niveau de coût des prestations de service offertes par le titulaire ;

3° En fin de contrat, ce contrôle porte notamment sur les coûts définitifs du projet en construction et en exploitation, la qualité de l'exécution des prestations de service prévues dans le contrat, le respect des objectifs de performance ainsi que l'évaluation de l'état de l'ouvrage en fin de contrat et de sa valeur patrimoniale.

II. - L'acheteur peut demander au titulaire tout document utile au contrôle de l'exécution du marché de partenariat dans le respect de l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée.

Commentaires

Mission de contrôle - Un programme de contrôle détaillé est déterminé par l'article 166, au fur et à mesure des principales phases de l'opération (construction, exploitation, en fin de contrat).

Et comme pour le rapport annuel, l'article 88.III de l'ordonnance impose également la communication, à l'appui de ce rapport, des comptes rendus des contrôles effectués, ce qui implique que ces contrôles soient bien effectifs et objectifs, ce que le contrat devra également préciser.

Références

Textes

Ord. 23 juillet 2015, art. 88.II.

TROISIÈME PARTIE : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

Chapitre I^{er} : Dispositions générales applicables à l'outre-mer

Article 167

Pour l'application de l'article 91 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, la proportion entre, d'une part, le taux de chômage des jeunes de moins de 25 ans constatée dans l'un des territoires mentionnés à cet article et, d'autre part, ce même taux observé au niveau national est fixée à 1,5.

La part minimale du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché public qui doit être effectuée par des jeunes de moins de 25 ans est fixée à 30 %.

Chapitre II : Dispositions particulières à Mayotte

Article 168

Pour l'application à Mayotte du présent décret :

1° À l'article 48, les références aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail sont remplacées par les références aux articles L. 328-6 à L. 328-16 du code du travail applicable à Mayotte ;

2° Le III de l'article 51 est supprimé ;

3° À l'article 131, la référence à l'article L. 3253-22 du code du travail est remplacée par la référence à l'article L. 143-14 du code du travail applicable à Mayotte.

Chapitre III : Dispositions particulières à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon

Article 169

Pour l'application à Saint-Barthélemy du présent décret :

1° Les références au Journal officiel de l'Union européenne et à l'Office des publications officielles de l'Union européenne sont remplacées par la référence au Journal officiel de la collectivité de Saint-Barthélemy ;

2° À l'article 6 :

a) Le b est supprimé ;

b) Au e les mots : « les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, » sont supprimés ;

3° À l'article 11, les mots : « au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 susvisé » sont remplacés par les mots : « aux règles nationales en vigueur » ;

4° À l'article 30 :

a) Au 1°, les références aux articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

b) Au 2°, les mots : « Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;

5° À l'article 31 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de la collectivité de Saint-Barthélemy, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

« Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur. » ;

b) Au II, les mots : « , dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

6° À l'article 32 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les entités adjudicatrices peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis périodique indicatif.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de la collectivité de Saint-Barthélemy, soit sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice. » ;

b) Au II, les mots : « , dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

7° L'article 33 est ainsi rédigé :

« Art. 33. - I. - Pour les marchés publics passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 et 26, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans le Journal officiel de la collectivité de Saint-Barthélemy, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre

principal à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

8° L'article 34 est ainsi rédigé :

« Art. 34. - I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

9° À l'article 35,

a) Les mots : « conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics » sont supprimés ;

b) Les mots : « de l'Union européenne dans les conditions prévues à l'article 36 » sont remplacés par les mots : « de la collectivité de Saint-Barthélemy. » ;

10° L'article 36 est supprimé ;

11° Les articles 39 et 40 sont remplacés par les dispositions suivantes :

« Art. 39. - I. - Les documents de la consultation sous format papier sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Ils peuvent être mis en ligne sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, cet accès est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

« II. - En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des articles 67, 69, 70 et 72, ce délai est de quatre jours.

« Art. 40. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués soit sous forme papier soit par voie électronique.

« Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur. » ;

12° L'article 41 est supprimé ;

13° À l'article 46, le II est ainsi rédigé :

« II. - Pour établir un tel système, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification au Journal officiel de la collectivité de Saint-Barthélemy. Cet avis mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

« L'entité adjudicatrice notifie au Journal officiel de la collectivité de Saint-Barthélemy tout changement de la durée du système en utilisant :

« 1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système de qualification. » ;

14° L'article 49 est supprimé ;

15° L'article 54 est supprimé ;

16° À l'article 57, au II, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont remplacés par les mots : « qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros » ;

17° À l'article 60 :

a) Au II, les mots : « le droit de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Le III est supprimé ;

18° À l'article 61, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, » sont supprimés ;

19° À l'article 81, le II est ainsi rédigé :

« II. - L'acheteur précise la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'avis d'appel à la concurrence. À compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie au Journal officiel de la collectivité de Saint-Barthélemy tout changement de cette durée en utilisant :

« 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence pour le système d'acquisition dynamique lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système. » ;

20° À l'article 89, la référence au préfet est remplacée par la référence au représentant de l'État ;

21° À l'article 96, la référence aux catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route est remplacée par la référence applicable localement ayant le même objet ;

22° Le I de l'article 104 est ainsi rédigé :

« I. - Pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. » ;

23° Aux articles 105 et 106, les mots : « à la Commission européenne à sa demande et, » sont supprimés ;

24° Le dernier alinéa de l'article 140 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. »

Article 170

Pour l'application à Saint-Martin du présent décret :

1° À l'article 30, les références aux articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

2° À l'article 89, la référence au préfet est remplacée par la référence au représentant de l'État ;

3° À l'article 96, la référence aux catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet.

Article 171

Pour l'application à Saint-Pierre-et-Miquelon du présent décret :

1° Les références au Journal officiel de l'Union européenne et à l'Office des publications officielles de l'Union européenne sont remplacées par la référence au Journal officiel de Saint-Pierre-et-Miquelon ;

2° À l'article 6 :

a) Le b est supprimé ;

b) Au e les mots : « les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, » sont supprimés ;

3° À l'article 11, les mots : « au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 susvisé » sont remplacés par les mots : « aux règles nationales en vigueur » ;

4° À l'article 30 :

a) Au 1°, les références aux articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

b) Au 2°, les mots : « Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;

5° À l'article 31 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de Saint-Pierre-et-Miquelon, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

« Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

6° À l'article 32 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les entités adjudicatrices peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis périodique indicatif.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de Saint-Pierre-et-Miquelon, soit sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

7° L'article 33 est ainsi rédigé :

« Art. 33. - I. - Pour les marchés publics passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 et 26, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans le Journal officiel de Saint-Pierre-et-Miquelon, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

8° L'article 34 est ainsi rédigé :

« Art. 34. - I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure

adaptée en vertu de l'article 27, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

9° A l'article 35 :

a) Les mots : « conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics » sont supprimés ;

b) Les mots : « de l'Union européenne dans les conditions prévues à l'article 36 » sont remplacés par les mots : « de Saint-Pierre-et-Miquelon. » ;

10° L'article 36 est supprimé ;

11° Les articles 39 et 40 sont remplacés par les dispositions suivantes :

« Art. 39. - I. Les documents de la consultation sous format papier sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Ils peuvent être mis en ligne sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, cet accès est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

« II. - En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des articles 67, 69, 70 et 72, ce délai est de quatre jours.

« Art. 40. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués soit sous forme papier, soit par voie électronique.

« Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur. » ;

12° L'article 41 est supprimé ;

13° À l'article 46, le II est ainsi rédigé :

« II. - Pour établir un tel système, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification au Journal officiel de Saint-Pierre-et-Miquelon. Cet avis mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

« L'entité adjudicatrice notifie au Journal officiel de Saint-Pierre-et-Miquelon tout changement de la durée du système en utilisant :

« 1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système de qualification. » ;

14° L'article 49 est supprimé ;

15° L'article 54 est supprimé ;

16° À l'article 57, au II, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont remplacés par les mots : « qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros » ;

17° À l'article 60 :

a) Au II, les mots : « le droit de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Le III est supprimé ;

18° À l'article 61, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, » sont supprimés ;

19° À l'article 81, le II est ainsi rédigé :

« II. - L'acheteur précise la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'avis d'appel à la concurrence. À compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie au Journal officiel de Saint-Pierre-et-Miquelon tout changement de cette durée en utilisant :

« 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence pour le système d'acquisition dynamique lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système. » ;

20° À l'article 89, la référence au préfet est remplacée par la référence au représentant de l'État ;

21° Le I de l'article 104 est ainsi rédigé :

« I. - Pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. » ;

22° Aux articles 105 et 106, les mots : « à la Commission européenne à sa demande et, » sont supprimés ;

23° Le dernier alinéa de l'article 140 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. »

Chapitre IV : Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie

Article 172

Le présent décret est applicable en Nouvelle-Calédonie aux marchés publics, soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° Les montants exprimés en euros sont applicables sous réserve de leur contre-valeur en monnaie locale ;

2° Les références au Journal officiel de l'Union européenne et à l'Office des publications officielles de l'Union européenne sont remplacées par la référence au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie ;

3° À l'article 6 :

a) Le b est supprimé ;

b) Au e les mots : « les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, » sont supprimés ;

4° À l'article 11, les mots : « au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 susvisé » sont remplacés par les mots : « aux

règles nationales en vigueur » ;

5° À l'article 19, le IV est supprimé ;

6° À l'article 30 :

a) Au 1°, les références aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique, aux articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation et aux 1° et 2° de l'article L. 201-2 du code rural et de la pêche maritime sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

b) Au 2°, les mots : « Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;

7° À l'article 31 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

« Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

8° À l'article 32 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les entités adjudicatrices peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis périodique indicatif.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, soit sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

9° L'article 33 est ainsi rédigé :

« Art. 33. - I. - Pour les marchés publics passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 et 26, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans le Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

10° L'article 34 est ainsi rédigé :

« Art. 34. - I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition

qu'elle indique les références de cet avis. » ;

11° À l'article 35 :

a) Les mots : « conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics » sont supprimés. » ;

b) Les mots : « de l'Union européenne dans les conditions prévues à l'article 36 » sont remplacés par les mots : « de la Nouvelle-Calédonie » ;
12° L'article 36 est supprimé ;

13° Les articles 39 et 40 sont remplacés par les dispositions suivantes :
« Art. 39. - I. - Les documents de la consultation sous format papier sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Ils peuvent être mis en ligne sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.
« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, cet accès est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.
« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.
« II. - En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des articles 67, 69, 70 et 72, ce délai est de quatre jours.

« Art. 40. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués soit sous forme papier soit par voie électronique.

« Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur. » ;

14° L'article 41 est supprimé ;

15° À l'article 46, le II est ainsi rédigé :

« II. - Pour établir un tel système, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie. Cet avis mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.
« L'entité adjudicatrice notifie au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie tout changement de la durée du système en utilisant :

« 1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;
« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système de qualification. » ;

16° À l'article 48, les références aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

17° L'article 49 est supprimé ;

18° À l'article 51, au III, les références aux articles du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet, et au IV, les mots : « tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 » sont supprimés ;

19° L'article 54 est supprimé ;

20° À l'article 57, au II, les mots : « au sens de la recommandation du 6

mai 2003 susvisée » sont remplacés par les mots : « au sens de la réglementation localement applicable » ;

21° À l'article 60 :

a) Au II, les mots : « le droit de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Le III est supprimé ;

22° À l'article 61, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, » sont supprimés ;

23° À l'article 81, le II est ainsi rédigé :

« II. - L'acheteur précise la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'avis d'appel à la concurrence. À compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie tout changement de cette durée en utilisant :

« 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence pour le système d'acquisition dynamique lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système. » ;

24° À l'article 89, la référence au préfet est remplacée par la référence au représentant de l'État ;

25° À l'article 96, la référence aux catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route est remplacée par la référence applicable localement ayant le même objet ;

26° Le I de l'article 104 est ainsi rédigé :

« I. - Pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. » ;

27° Aux articles 105 et 106, les mots : « à la Commission européenne à sa demande et, » sont supprimés ;

28° À l'article 131, la référence à l'article L. 3253-22 du code du travail est remplacée par la référence applicable localement ayant le même objet ;

29° Le dernier alinéa de l'article 140 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. »

Chapitre V : Dispositions applicables en Polynésie française

Article 173

Le présent décret est applicable en Polynésie française aux marchés publics, soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° Les montants exprimés en euros sont applicables sous réserve de leur contre-valeur en monnaie locale ;

2° Les références au Journal officiel de l'Union européenne et à l'Office des publications officielles de l'Union européenne sont remplacées par la référence au Journal officiel de la Polynésie française ;

3° À l'article 6 :

a) Le b est supprimé ;

b) Au e les mots : « les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, » sont supprimés ;

4° À l'article 11, les mots : « au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 susvisé » sont remplacés par les mots : « aux règles nationales en vigueur » ;

5° À l'article 19, le IV est supprimé ;

6° À l'article 30 :

a) Au 1°, les références aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique, aux articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation et aux 1° et 2° de l'article L. 201-2 du code rural et de la pêche maritime sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

b) Au 2°, les mots : « Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande, » sont supprimés ;

7° À l'article 31 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de la Polynésie française, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

« Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

8° À l'article 32 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les entités adjudicatrices peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis périodique indicatif.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel de la Polynésie française, soit sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

9° L'article 33 est ainsi rédigé :

« Art. 33. - I. - Pour les marchés publics passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 et 26, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans le Journal officiel de la Polynésie française, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

10° L'article 34 est ainsi rédigé :

« Art. 34. - I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire

peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

11° À l'article 35 :

a) Les mots : « conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics » sont supprimés ;

b) Les mots : « de l'Union européenne dans les conditions prévues à l'article 36 » sont remplacés par les mots : « de la Polynésie française » ;

12° L'article 36 est supprimé ;

13° Les articles 39 et 40 sont remplacés par les dispositions suivantes :
« Art. 39. - I. - Les documents de la consultation sous format papier sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Ils peuvent être mis en ligne sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, cet accès est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

« II. - En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des articles 67, 69, 70 et 72, ce délai est de quatre jours.

« Art. 40. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués soit sous forme papier, soit par voie électronique.

« Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur. » ;

14° L'article 41 est supprimé ;

15° À l'article 46, le II est ainsi rédigé :

« II. - Pour établir un tel système, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification au Journal officiel de la Polynésie française. Cet avis mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

« L'entité adjudicatrice notifie au Journal officiel de la Polynésie française tout changement de la durée du système en utilisant :

« 1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système de qualification. » ;

16° À l'article 48, les références aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

17° L'article 49 est supprimé ;

18° À l'article 51, au III, les références aux articles du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet, et au IV, les mots : « tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 » sont supprimés ;

19° L'article 54 est supprimé ;

20° À l'article 57, au II, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont remplacés par les mots : « au sens de la réglementation localement applicable » ;

21° À l'article 60 :

a) Au II, les mots : « le droit de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Le III est supprimé ;

22° À l'article 61, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, » sont supprimés ;

23° À l'article 81, le II est ainsi rédigé :

« II. - L'acheteur précise la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'avis d'appel à la concurrence. À compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie au Journal officiel de la Polynésie française tout changement de cette durée en utilisant :

« 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence pour le système d'acquisition dynamique lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système. » ;

24° À l'article 89, la référence au préfet est remplacée par la référence au représentant de l'État ;

25° À l'article 96, la référence aux catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

26° Le I de l'article 104 est ainsi rédigé :

« I. - Pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. » ;

27° Aux articles 105 et 106, les mots : « à la Commission européenne à sa demande et, » sont supprimés ;

28° À l'article 131, la référence à l'article L. 3253-22 du code du travail est remplacée par la référence applicable localement ayant le même objet ;

29° Le dernier alinéa de l'article 140 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. »

Chapitre VI : Dispositions applicables dans les îles Wallis et Futuna

Article 174

Le présent décret est applicable dans les îles Wallis et Futuna aux marchés publics, soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° Les montants exprimés en euros sont applicables sous réserve de leur contre-valeur en monnaie locale ;

2° Les références au Journal officiel de l'Union européenne et à l'Office des publications officielles de l'Union européenne sont remplacées par la référence au Journal officiel du Territoire des îles Wallis et Futuna ;

3° À l'article 6 :

a) Le b est supprimé ;

b) Au e les mots : « les autres référentiels techniques élaborés par les

organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, » sont supprimés ;

4° À l'article 11, les mots : « au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 susvisé » sont remplacés par les mots : « aux règles nationales en vigueur » ;

5° À l'article 19, le IV est supprimé ;

6° À l'article 30 :

a) Au 1°, les références aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique, aux articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation et aux 1° et 2° de l'article L. 201-2 du code rural et de la pêche maritime sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

b) Au 2°, les mots : « Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;

7° À l'article 31 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel du Territoire des îles Wallis et Futuna, soit sur le profil acheteur du pouvoir adjudicateur.

« Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

8° À l'article 32 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les entités adjudicatrices peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis périodique indicatif.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel du Territoire des îles Wallis et Futuna, soit sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

9° L'article 33 est ainsi rédigé :

« Art. 33. - I. - Pour les marchés publics passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 et 26, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans le Journal officiel du Territoire des îles Wallis et Futuna, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

10° L'article 34 est ainsi rédigé :

« Art. 34. - I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

11° À l'article 35 :

a) Les mots : « conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics » sont supprimés ;
b) Les mots : « de l'Union européenne dans les conditions prévues à l'article 36 » sont remplacés par les mots : « du Territoire des îles Wallis et Futuna. » ;

12° L'article 36 est supprimé ;

13° Les articles 39 et 40 sont remplacés par les dispositions suivantes :
« Art. 39. - I. - Les documents de la consultation sous format papier sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Ils peuvent être mis en ligne sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, cet accès est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

« II. - En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des articles 67, 69, 70 et 72, ce délai est de quatre jours.

« Art. 40. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués soit sous forme papier soit par voie électronique.

« Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur. » ;

14° L'article 41 est supprimé ;

15° À l'article 46, le II est ainsi rédigé :

« II. - Pour établir un tel système, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification au Journal officiel du Territoire des îles Wallis et Futuna. Cet avis mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

« L'entité adjudicatrice notifie au Journal officiel du Territoire des îles Wallis et Futuna tout changement de la durée du système en utilisant :

« 1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système de qualification. » ;
16° À l'article 48, les références aux articles L. 5212-1 à L. 5212-1 du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

17° L'article 49 est supprimé ;

18° À l'article 51, au III, les références aux articles du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même

objet, et au IV, les mots : « tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 » sont supprimés ;

19° L'article 54 est supprimé ;

20° À l'article 57, au II, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont remplacés par les mots : « au sens de la réglementation localement applicable » ;

21° À l'article 60 :

a) Au II, les mots : « le droit de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Le III est supprimé ;

22° À l'article 61, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, » sont supprimés ;

23° À l'article 81, le II est ainsi rédigé :

« II. - L'acheteur précise la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'avis d'appel à la concurrence. À compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie au Journal officiel du Territoire des îles Wallis et Futuna tout changement de cette durée en utilisant :

« 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence pour le système d'acquisition dynamique lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système. » ;

24° À l'article 89, la référence au préfet est remplacée par la référence au représentant de l'État ;

25° À l'article 96, la référence aux catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

26° Le I de l'article 104 est ainsi rédigé :

« I. - Pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. » ;

27° Aux articles 105 et 106, les mots : « à la Commission européenne à sa demande et, » sont supprimés ;

28° À l'article 131, la référence à l'article L. 3253-22 du code du travail est remplacée par la référence applicable localement ayant le même objet ;

29° Le dernier alinéa de l'article 140 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. »

Chapitre VII : Dispositions applicables dans les Terres australes et antarctiques françaises

Article 175

Le présent décret est applicable dans les Terres australes et antarctiques françaises aux marchés publics, soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, conclus par l'État ou ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

1° Les montants exprimés en euros sont applicables sous réserve de leur contre-valeur en monnaie locale ;

2° Les références au Journal officiel de l'Union européenne et à l'Office

des publications officielles de l'Union européenne sont remplacées par la référence au Journal officiel des Terres australes et antarctiques françaises ;

3° À l'article 6 :

a) Le b est supprimé ;

b) Au e les mots : « les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, » sont supprimés ;

4° À l'article 11, les mots : « au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 susvisé » sont remplacés par les mots : « aux règles nationales en vigueur » ;

5° À l'article 19, le IV est supprimé ;

6° À l'article 30 :

a) Au 1°, les références aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique, aux articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation et aux 1° et 2° de l'article L. 201-2 du code rural et de la pêche maritime sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

b) Au 2°, les mots : « Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande » sont supprimés ;

7° À l'article 31 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel des Terres australes et antarctiques françaises, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

« Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

8° À l'article 32 :

a) Le I est ainsi rédigé :

« I. - Les entités adjudicatrices peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis périodique indicatif.

« Cet avis est publié soit au Journal officiel des Terres australes et antarctiques françaises, soit sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice. » ;

b) Au II, les mots : «, dans les conditions de l'article 36 » sont supprimés ;

9° L'article 33 est ainsi rédigé :

« Art. 33. - I. - Pour les marchés publics passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 et 26, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans le Journal officiel des Terres australes et antarctiques françaises, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que

certaines des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

10° L'article 34 est ainsi rédigé :

« Art. 34. - I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

« II. - L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis. » ;

11° À l'article 35 :

a) Les mots : « conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics » sont supprimés ;

b) Les mots : « de l'Union européenne dans les conditions prévues à l'article 36 » sont remplacés par les mots : « des Terres australes et antarctiques françaises » ;

12° L'article 36 est supprimé ;

13° Les articles 39 et 40 sont remplacés par les dispositions suivantes :

« Art. 39. - I. Les documents de la consultation sous format papier sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Ils peuvent être mis en ligne sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, cet accès est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

« Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

« II. - En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des articles 67, 69, 70 et 72, ce délai est de quatre jours.

« Art. 40. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués par voie électronique sans pour autant exclure des communications et des échanges par voie papier.

« Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur. » ;

14° L'article 41 est supprimé ;

15° À l'article 46, le II est ainsi rédigé :

« II. - Pour établir un tel système, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification au Journal officiel des Terres australes et antarctiques françaises. Cet avis mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

« L'entité adjudicatrice notifie au Journal officiel des Terres australes et antarctiques françaises tout changement de la durée du système en utilisant :

« 1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système de qualification. » ;

16° À l'article 48, les références aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet ;

17° L'article 49 est supprimé ;

18° À l'article 51, au III, les références aux articles du code du travail sont remplacées par les références applicables localement ayant le même objet, et au IV, les mots : « tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 » sont supprimés ;

19° L'article 54 est supprimé ;

20° À l'article 57, au II, les mots : « au sens de la recommandation du 6 mai 2003 susvisée » sont remplacés par les mots : « au sens de la réglementation localement applicable » ;

21° À l'article 60 :

a) Au II, les mots : « le droit de l'Union européenne, » sont supprimés ;

b) Le III est supprimé ;

22° À l'article 61, les mots : « avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, » sont supprimés ;

23° À l'article 81, le II est ainsi rédigé :

« II. - L'acheteur précise la période de validité du système d'acquisition dynamique dans l'avis d'appel à la concurrence. À compter des seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie au Journal officiel des Terres australes et antarctiques françaises tout changement de cette durée en utilisant :

« 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence pour le système d'acquisition dynamique lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système ;

« 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système. » ;

24° À l'article 89, la référence au préfet est remplacée par la référence au représentant de l'État ;

25° À l'article 96, la référence aux catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route est remplacée par une référence applicable localement ayant le même objet ;

26° Le I de l'article 104 est ainsi rédigé :

« I. - Pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. » ;

27° Aux articles 105 et 106, les mots : « à la Commission européenne à sa demande et, » sont supprimés ;

28° À l'article 131, la référence à l'article L. 3253-22 du code du travail est remplacée par la référence applicable localement ayant le même objet ;

29° Le dernier alinéa de l'article 140 est ainsi rédigé :

« Cet avis est publié dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable. »

QUATRIÈME PARTIE : DISPOSITIONS DIVERSES

Article 176

Les articles 146, 148 et 157 sont applicables aux contrats de crédit-bail mentionnés à l'article 34 de la loi du 29 décembre 2014 susvisée.

Article 177

Les seuils mentionnés dans le présent décret peuvent être modifiés par décret.

Article 178

Dans toutes les dispositions réglementaires en vigueur, pour les contrats passés en application du présent décret, les références au code des marchés publics, à l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, 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 et à leurs dispositions réglementaires d'application, s'entendent comme faisant référence à l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et au présent décret pour autant que lesdits contrats eussent relevé du champ d'application de ces dispositions avant l'entrée en vigueur du présent décret.

Article 179

Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° Au 2° de l'article D. 1611-28, les mots : « au 2° du I de l'article 46 du code des marchés publics » sont remplacés par les mots : « au II de l'article 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics » ;
2° Les articles R. 2131-5, D. 6242-5 et D. 6342-5 sont ainsi modifiés :

a) Le 3° est remplacé par les dispositions suivantes :

« 3° La copie de l'avis d'appel à la concurrence et de l'invitation des candidats sélectionnés ; »

b) Au 4°, les mots : « lorsque l'établissement d'un tel document est obligatoire » sont remplacés par les mots : « si celui-ci figure parmi les documents de consultation » ;

c) Au 5°, les mots : «, de la commission de la procédure de dialogue compétitif » sont supprimés et les mots : « de la personne responsable du marché prévu par l'article 79 du code des marchés publics » sont remplacés par les mots : « de l'acheteur prévu par l'article 105 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ou les informations prévues par l'article 106 de ce décret » ;

d) Au 6° les mots « 45 et 46 du code des marchés publics » sont remplacés par les mots : « 50 et 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics » ;

3° À l'article R. 2131-6, les mots : « Les avenants aux marchés et les décisions de poursuivre prévus par l'article 118 du code des marchés publics » sont remplacés par les mots : « Les modifications des marchés publics » ;

4° À l'article D. 2573-11, les I et II sont ainsi rédigés :

« I.-Les articles R. 2131-1-A à R. 2131-7 sont applicables aux communes de la Polynésie française, dans sa rédaction en vigueur à la date d'entrée

en vigueur du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, sous réserve des adaptations prévues aux II et III.

« II.-Pour l'application de l'article R. 2131-5 :

« 1° Au 5°, les mots : " le rapport de présentation de l'acheteur prévu par l'article 105 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics " sont supprimés » ;

« 2° Au 6°, les mots : " des articles 50 et 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 " sont remplacés par les mots : " des dispositions applicables localement. " » ;

5° L'article D. 6242-6 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. D. 6242-6.-Les modifications des marchés publics sont transmises au représentant de l'État accompagnés, le cas échéant, des délibérations qui les autorisent. » ;

6° L'article D. 6342-6 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. D. 6342-6.-Les modifications des marchés publics sont transmises au représentant de l'État accompagnés, le cas échéant, des délibérations qui les autorisent. »

Article 180

Le code de justice administrative est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa de l'article R. 551-7 est remplacé par un alinéa ainsi rédigé :

« La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication au Journal officiel de l'Union européenne d'un avis d'attribution du contrat, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Le délai ne court que si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre. » ;

2° Il est inséré, après l'article R. 551-7, un article R. 551-7-1 ainsi rédigé :

« Art. R. 551-7-1.-Pour pouvoir se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publiée au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, relatif à son intention de conclure un contrat. Il respecte un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat.

« Pour pouvoir se prévaloir, s'agissant d'un marché fondé sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, des dispositions du second alinéa du même article, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice notifie aux titulaires de l'accord-cadre ou aux participants au système d'acquisition dynamique le nom du titulaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre et respecte un délai d'au moins seize jours entre la date d'envoi de cette notification et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des titulaires intéressés. » ;

3° La section 2 du chapitre Ier du titre V du livre V de la partie réglemen-

taire est complétée par une sous-section 2 ainsi rédigée :

« Sous-section 2

« Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie et dans certaines collectivités d'outre-mer

« Art. R. 551-11.-Pour son application à Saint-Barthélemy, à Saint-Pierre-et-Miquelon et, pour les marchés publics conclus par l'État ou ses établissements publics, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, le premier alinéa de l'article R. 551-7 est ainsi rédigé :

« La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Le délai ne court que si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre.

« Art. R. 551-12.-Pour son application à Saint-Barthélemy, à Saint-Pierre-et-Miquelon et, pour les marchés publics conclus par l'État ou ses établissements publics, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, le premier alinéa de l'article R. 551-7-1 est ainsi rédigé :

« Pour pouvoir se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publie au Journal officiel local un avis relatif à son intention de conclure un contrat. Il respecte un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat. »

Article 181

Le code de procédure civile est ainsi modifié :

1° L'article 1441-3 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa du I est remplacé par un alinéa ainsi rédigé :

« La juridiction peut être saisie du recours prévu à l'article 11 de l'ordonnance mentionnée ci-dessus au plus tard le trente et unième jour suivant la publication au Journal officiel de l'Union européenne d'un avis d'attribution du contrat, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Le délai ne court que si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre. » ;

b) Il est ajouté un III ainsi rédigé :

« III.-Pour son application à Saint-Barthélemy, à Saint-Pierre-et-Miquelon, dans les îles Wallis-et-Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, le I est ainsi rédigé :

« I.-La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat dans le support qui a été utilisé à titre principal pour la publicité préalable ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Le délai ne court que si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre. » ;

2° Après l'article 1441-3, il est inséré un article 1441-3-1 ainsi rédigé :

« Art. 1441-3-1.-I-Pour pouvoir se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 13 de l'ordonnance du 7 mai 2009 mentionnée ci-dessus, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le

règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, relatif à son intention de conclure un contrat. Il respecte un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat.

« Pour pouvoir se prévaloir, s'agissant des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, des dispositions du second alinéa du même article, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice notifie aux titulaires de l'accord-cadre ou aux participants au système d'acquisition dynamique le nom du titulaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre et respecte un délai d'au moins seize jours entre la date d'envoi de cette notification et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des titulaires intéressés.

« II.-Pour son application à Saint-Barthélemy, à Saint-Pierre-et-Miquelon, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, le I est ainsi rédigé :

« I.-Pour pouvoir se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 13 de l'ordonnance du 7 mai 2009 mentionnée ci-dessus, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publie au Journal officiel local un avis relatif à son intention de conclure un contrat. Il respecte un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat. »

Article 182

Le code de l'urbanisme est ainsi modifié :

1° La sous-section 2 de la section II du livre III est remplacée par une sous-section ainsi rédigée :

« Sous-section 2

« Procédure relative aux concessions d'aménagement ne transférant pas un risque économique

« Art. R. * 300-11-1.-Les dispositions de la présente sous-section sont applicables aux concessions d'aménagement qui ne présentent pas les caractéristiques mentionnées à l'article R. * 300-4.

« Art. R. * 300-11-2.-I.-Lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est égal ou supérieur au seuil européen applicable aux marchés publics de travaux publié au Journal officiel de la République française, la concession d'aménagement est passée en application des règles prévues :

« 1° Pour l'État et ses établissements publics, par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;

« 2° Pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, par les articles L. 1414-1 à L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales.

« II.-Toutefois :

« 1° Les dispositions de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 mentionnée ci-dessus ne sont pas applicables aux contrats passés en application de la présente sous-section ;

« 2° Les articles 59 à 64 de ladite ordonnance ne sont pas applicables ;

« 3° Par dérogation à l'article 33 et au II de l'article 34 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 mentionné ci-dessus, l'avis d'appel à la concurrence fait l'objet d'une publication supplémentaire dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier ;

« 4° Le programme fonctionnel mentionné à l'article 75 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 mentionné ci-dessus indique au minimum les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement, le

programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération ;

« 5° Les critères d'attribution sont définis et appréciés de manière :

« a) À tenir compte du coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel intégrant la totalité des recettes et des dépenses ;

« b) À prendre en considération le respect des exigences de développement durable exprimées par la personne publique, notamment en matière de qualité architecturale, de performance environnementale, de mixité sociale et de diversité des fonctions urbaines ;

« 6° La commission d'appel d'offres mentionnée à l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales est composée conformément aux dispositions de l'article R. * 300-9 du présent code.

« Art. R. * 300-11-3.-Lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est inférieur au seuil européen mentionné au I de l'article R. * 300-11-2, la concession d'aménagement fait l'objet, préalablement à son attribution, d'une publicité et d'une procédure adaptée dont les modalités sont fixées par le concédant en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances du lancement de la procédure. »

Article 183

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 est ainsi modifié :

1° L'article 1^{er} est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 1.-Le délai de paiement prévu au premier alinéa de l'article 37 de la loi du 28 janvier 2013 susvisée est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

« Toutefois, ce délai est fixé à cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées et à soixante jours pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 juin 2004 susvisée, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux. » ;

2° Au titre IV, après l'article 20 est inséré un article 20-1 ainsi rédigé :

« Art. 20-1.-Les dispositions de l'article 1^{er} modifiées par l'article 183 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics peuvent être modifiées par décret. »

Article 184

Le décret du 23 décembre 2013 susvisé est ainsi modifié :

1° Après l'article 2 du décret, il est inséré un article 2-1 ainsi rédigé :

« Art. 2-1.-L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet prévue à l'article 40 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est versée au dossier d'évaluation socio-économique. » ;

2° Après l'article 5, il est inséré un article 5-1 ainsi rédigé :

« Art. 5-1.-Les dispositions de l'article 2-1 insérée dans le présent décret par l'article 184 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics peuvent être modifiées par décret. »

Article 185

Le décret du 3 juillet 2015 susvisé est ainsi modifié :

1° Le chapitre II est remplacé par un chapitre II ainsi rédigé :

« Chapitre II

« Procédure applicable aux contrats de revitalisation artisanale et commerciale qui présentent les caractéristiques des marchés publics

« Art. 3.-Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux contrats de revitalisation artisanale et commerciale prévus par l'article 19 de la loi du 18 juin 2014 susvisée qui présentent les caractéristiques des marchés publics définis à l'article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

« Art. 4.-1.-La passation et l'exécution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale de l'article 3 sont soumises aux règles prévues :

« 1° Pour l'État et ses établissements publics, par l'ordonnance du 23 juillet 2015 mentionnée ci-dessus ;

« 2° Pour les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, par les articles L. 1414-1 à L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales.

« II.-Toutefois :

« 1° Pour l'application des articles 20 à 23 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, la valeur estimée du besoin prend en compte la valeur totale estimée des produits de l'opération ;

« 2° Les articles 59 à 62 et 64 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 mentionnée ci-dessus ne sont pas applicables ;

« 3° Lorsque la valeur estimée du contrat de revitalisation artisanale et commerciale est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée :

« a) Le programme fonctionnel ou le projet partiellement défini mentionné à l'article 75 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics indique, au minimum, les objectifs et les priorités en termes de diversification, de développement et de réhabilitation de l'offre commerciale, le calendrier prévisionnel pour la réalisation de ces objectifs ainsi que les caractéristiques essentielles et les conditions de mise en œuvre de l'opération ;

« b) La procédure de passation retenue a pour objet de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, le cas échéant après un dialogue permettant de définir et d'identifier les moyens propres à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique en ce qui concerne la réalisation de l'opération de revitalisation artisanale et commerciale dont elle définit les caractéristiques ;

« c) Les critères de choix des offres sont définis et appréciés de manière à tenir compte du coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel intégrant la totalité des recettes et des dépenses ;

« d) Par dérogation à l'article 33 et au II de l'article 34 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 mentionné ci-dessus, les avis d'appel à la concurrence font l'objet d'une publication supplémentaire dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ;

« e) La commission mentionnée aux articles L. 1414-2 et L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales est composée dans les conditions prévues à l'article R. * 300-9 du code de l'urbanisme. » ;

2° Dans l'intitulé du chapitre III, les mots : « Procédure relative aux autres contrats de revitalisation artisanale et commerciale » sont remplacés par les mots : « Dispositions finales ».

Article 186

Le décret du 3 mars 2016 susvisé est ainsi modifié :

1° Au 1^{er} de l'article 2, les mots : « à l'exception des achats de défense et de sécurité au sens de l'article 179 du code des marchés publics » sont remplacés par les « mots : « à l'exception des marchés publics de défense ou de sécurité définis à l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23

juillet 2015 relative aux marchés publics » ;

2° L'article 8 est ainsi modifié :

a) Au II, les mots : « à l'exception des achats de défense et de sécurité » sont remplacés par les mots : « à l'exception des marchés publics de défense ou de sécurité » ;

b) Au premier alinéa du III, les mots : « d'un montant supérieur au seuil défini au 1° du I de l'article 26 du code des marchés publics » sont remplacés par les mots : « d'un montant égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée publié au Journal officiel de la République française applicable aux autorités publiques centrales ».

Article 187

Sont abrogés :

1° Le chapitre IV du titre Ier du livre IV de la première partie de la partie réglementaire du code général des collectivités territoriales ainsi que l'article R. 1311-2 de ce code ;

2° La sous-section 2 de la section 2 du chapitre II du titre II du livre Ier de la deuxième partie réglementaire ainsi que les articles R. 5231-2 et R. 5231-3 du code général de la propriété des personnes publiques ;

3° Les articles R. 6148-1 à R. 6148-3 du code de la santé publique ;

4° Le décret n° 49-500 du 11 avril 1949 modifié portant application, pour les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'État ;

5° Le décret n° 58-15 du 8 janvier 1958 relatif au règlement des marchés de l'État et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce passés ou exécutés dans les territoires d'outre-mer ;

6° Le 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 ;

7° Le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif 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 ;

8° Le décret n° 2007-590 du 25 avril 2007 fixant les règles applicables aux marchés passés par les établissements publics mentionnés au 5° du I de 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, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche ;

9° Le décret n° 2009-243 du 2 mars 2009 relatif à la procédure de passation et à certaines modalités d'exécution des contrats de partenariat passés par l'État et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ;

10° Le décret n° 2009-245 du 2 mars 2009 relatif à la définition des petites et moyennes entreprises dans la réglementation applicable à la commande publique ;

11° Le décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics ;

12° Les articles 17 et 18 du décret du 3 juillet 2015 susvisé.

CINQUIÈME PARTIE : DISPOSITIONS FINALES

Article 188

L'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et le présent décret entrent en vigueur le 1^{er} avril 2016.

Le présent décret s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de sa date d'entrée en vigueur.

Il ne s'applique pas aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique lorsque la procédure en vue de la passation de cet accord-cadre ou de la mise en place de ce système d'acquisition dynamique a été engagée avant cette date.

Article 189

La ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat, le ministre des finances et des comptes publics, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, la ministre des outre-mer et le secrétaire d'État chargé du budget

sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 25 mars 2016.

Manuel Valls

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,
Emmanuel Macron

La ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat,
Ségolène Royal

Le ministre des finances et des comptes publics,
Michel Sapin

La ministre des outre-mer,

George Pau-Langevin

Le secrétaire d'État chargé du budget,

Christian Eckert

ANNEXES : autres textes relatifs aux marchés publics

Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique (1) – NOR : EINM1608130V – JO du 27 mars 2016.

La liste des travaux mentionnés au 1° du I de l'Article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et au 1° du I de l'Article 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession est fixée comme suit :

NACE Rév. 1 (2)			Code CPV (3)
section f	Construction		
Classe	Description	Observations	
45,11	Démolition et terrassements	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la démolition d'immeubles et d'autres constructions ; - le déblayage des chantiers ; - les travaux de terrassement : creusement, comblement, nivellement de chantiers de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif, ... ; La préparation de sites pour l'exploitation minière : - l'enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers ; - le drainage des chantiers de construction ; - le drainage des terrains agricoles et sylvicoles. 	45110000
45,12	Forages et sondages	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les sondages d'essai, les forages d'essai et les carottages pour la construction ainsi que pour les études géophysiques, géologiques et similaires. 	45120000
45,21	Construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la construction de bâtiments de tous types ; - la construction d'ouvrages de génie civil - ponts (y compris ceux destinés à supporter des routes surélevées), viaducs, tunnels et passages souterrains ; - conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique à longue distance ; - conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique pour réseaux urbains ; - travaux annexes d'aménagement urbain ; - l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués sur les chantiers. 	45210000 (sauf : 45213316) 45220000 45231000 45232000
45,22	Réalisation de charpentes et de couvertures	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le montage de charpentes ; - la pose de couvertures ; - les travaux d'étanchéification. 	45261000
45,23	Construction d'autoroutes, de routes, d'aérodromes et d'installations sportives	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la construction d'autoroutes, de routes, de chaussées et d'autres voies pour véhicules et piétons ; - la construction de voies ferrées ; - la construction de pistes d'atterrissage ; - la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives ; - le marquage à la peinture des chaussées et des aires ou des parcs de stationnement. 	45212212 et DA03 45230000 (sauf : 45231000 45232000 45234115)
45,24	Travaux maritimes et fluviaux	<p>Cette classe comprend la construction de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - voies navigables, ports, ouvrages fluviaux, ports de plaisance (marinas), écluses, etc. ; - barrages et digues ; - le dragage ; - les travaux sous-marins. 	45240000

45,25	Autres travaux de construction	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les activités de construction spécialisées qui concernent un aspect commun à différents ouvrages et requièrent des compétences ou du matériel spécialisés ; <ul style="list-style-type: none"> - la réalisation de fondations, y compris le battage de pieux ; - le forage et la construction de puits d'eau, le fonçage de puits ; - le montage d'éléments de structures métalliques non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux ; <ul style="list-style-type: none"> - le cintrage d'ossatures métalliques ; - la maçonnerie et le pavage ; - le montage et démontage d'échafaudages et de plates-formes de travail propres ou loués ; - la construction de cheminées et de fours industriels. 	45250000 45262000
45,31	Travaux d'installation électrique	<p>Cette classe comprend l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - câbles et appareils électriques ; - systèmes de télécommunication ; - installations de chauffage électriques ; - antennes d'immeubles ; - systèmes d'alarme incendie ; - systèmes d'alarme contre les effractions ; - ascenseurs et escaliers mécaniques ; - paratonnerres, etc. 	45213316 45310000 (sauf : 45316000)
45,32	Travaux d'isolation	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la mise en œuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de matériaux d'isolation thermique, acoustique et antivibratile. 	45320000
45,33	Plomberie	<p>Cette classe comprend l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - plomberie et appareils sanitaires ; - appareils à gaz ; - équipements et conduites de chauffage, de ventilation, de réfrigération ou de climatisation ; - installation d'extinction automatique d'incendie. 	45330000
45,34	Autres travaux d'installation	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'installation de systèmes d'éclairage et de signalisation pour chaussées, voies ferrées, aéroports et installations portuaires ; - l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction d'installations et d'appareils non classés ailleurs. 	45234115 45316000 45340000
45,41	Plâtrerie	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la mise en œuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de plâtre ou de stuc pour enduits intérieurs et extérieurs, y compris les matériaux de lattage associés. 	45410000
45,42	Menuiserie	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'installation de portes, de fenêtres, de dormants de portes et de fenêtres, de cuisines équipées, d'escaliers, d'équipements pour magasins et d'équipements similaires, en bois ou en d'autres matériaux, non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux ; - les aménagements intérieurs tels que plafonds, revêtements muraux en bois, cloisons mobiles, etc. 	45420000
45,43	Revêtement des sols et des murs	<p>Cette classe comprend la pose dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - revêtements muraux ou carrelages en céramique, en béton ou en pierre de taille ; - parquets et autres revêtements de sols en bois, moquettes et revêtements de sols en linoléum ; <ul style="list-style-type: none"> - y compris en caoutchouc ou en matières plastiques ; - revêtements de sols et de murs en granito, en marbre, en granit ou en ardoise ; - papiers peints. 	45430000
45,44	Peinture et vitrerie	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la peinture intérieure et extérieure des bâtiments ; - la teinture des ouvrages de génie civil ; - la pose de vitres, de miroirs, etc. 	45440000
45,45	Autres travaux de finition	<p>Cette classe comprend :</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'installation de piscines privées ; - le nettoyage à la vapeur, le sablage et les activités analogues appliquées aux parties extérieures des bâtiments ; - les autres travaux d'achèvement et de finition des bâtiments non classés ailleurs. 	45212212 et DA04 45450000
45,50	Location avec opérateur de matériel de construction		45500000

En cas d'interprétation différente entre le CPV et la NACE, c'est la nomenclature CPV qui est applicable. Cet avis est applicable sur l'ensemble du territoire de la République.

Notes :

(1) Cet avis est pris conformément à :

- la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;
- la 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 ;

- la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

(2) Règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil du 9 octobre 1990 relative à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (JO L 293 du 24 octobre 1990, p.1).

(3) Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives

2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV, modifié par le règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 (JOUE n° L 74 du 15 mars 2008, p. 1).

Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics (1) - NOR: EINM1608199V - JO du 27 mars 2016

I. - Au sens de l'Article 6 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics :

1° Une spécification technique est :

a) Lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux, l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les documents de marché, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur ; ces caractéristiques comprennent les niveaux de performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, la sécurité ou les dimensions, y compris les procédures relatives à l'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, ainsi que les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie des ouvrages ; elles incluent également les règles de conception et de calcul des coûts, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages, ainsi que les méthodes ou techniques de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages ;

b) Lorsqu'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services, une spécification qui figure dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, l'utilisation du produit, la sécurité ou les dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne le nom sous lequel il est vendu, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie de la fourniture ou du service, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité.

2° Une norme est une spécification technique adoptée par un organisme de normalisation reconnu pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes :

a) Norme internationale : norme adoptée par un organisme international de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;

b) Norme européenne : norme adoptée par un organisme européen de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;

c) Norme nationale : norme adoptée par un organisme national de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;

3° Une évaluation technique européenne est une évaluation documentée de la performance d'un produit de construction en ce qui concerne ses caractéristiques essentielles, conformément au document d'évaluation européen pertinent, tel qu'il est défini au point 12 de l'Article 2 du règlement (UE) n° 305/2011 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant la directive 89/106/CEE du Conseil ;

4° Une spécification technique commune est une spécification technique dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) élaborée conformément aux Articles 13 et 14 du règlement (UE)

n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision n° 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil ;

5° Un référentiel technique vise tout produit élaboré par les organismes européens de normalisation, autre que les normes européennes, selon des procédures adaptées à l'évolution des besoins du marché.

II. - Au sens de l'Article 4 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité :

1° Une spécification technique est :

a) Lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux, l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Ces caractéristiques incluent les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, la sécurité ou les dimensions, y compris les procédures relatives à l'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ainsi que les processus et méthodes de production. Elles incluent également les règles de conception et de calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages, ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sont à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages ;

b) Lorsqu'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services, une spécification figurant dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, de la propriété d'emploi, de l'utilisation du produit, sa sécurité ou ses dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité ;

2° Une norme est une spécification technique approuvée par un organisme de normalisation reconnu pour une application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes :

a) Norme internationale : une norme adoptée par un organisme international de normalisation et mise à la disposition du public ;

b) Norme européenne : une norme adoptée par un organisme européen de normalisation et mise à la disposition du public ;

c) Norme nationale : une norme adoptée par un organisme national de normalisation et mise à la disposition du public ;

3° Une norme défense est une spécification technique dont l'observation n'est pas obligatoire et qui est approuvée par un organisme de normalisation spécialisé dans l'élaboration de spécifications techniques pour une

application répétée ou continue dans le domaine de la défense ;
4° Un agrément technique européen est une appréciation technique favorable de l'aptitude à l'emploi d'un produit pour une fin déterminée, basée sur la satisfaction des exigences essentielles pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en œuvre et d'utilisation. L'agrément technique européen est délivré par un organisme agréé à cet effet par l'État membre ;
5° Une spécification technique commune est une spécification technique élaborée selon une procédure reconnue par les États membres et publiée au Journal officiel de l'Union européenne ;
6° Un référentiel technique vise tout produit élaboré par les organismes européens de normalisation, autre que les normes officielles, selon des procédures adaptées à l'évolution des besoins du marché.

III. - Cet avis est applicable sur l'ensemble du territoire de la République.

Note :

(1) Cet avis est pris conformément à :

- la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil 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 ;
 - la 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 ; - la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.
-

Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques (1) – NOR : EINM1608208V – JO du 27 mars 2016.

I. – Les services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au I de l'article 28 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics sont les suivants :

DÉSIGNATION	CODES CPV (2)
1. Services sanitaires, sociaux et connexes	75200000-8 [Prestations de services pour la collectivité]; 75231200-6 [Services liés à la détention ou à la réhabilitation de criminels]; 75231240-8 [Services de réinsertion]; 79611000-0 [Services de recherche d'emploi]; 79622000-0 [Services de mise à disposition de personnel d'aide à domicile]; 79624000-4 et 79625000-1 [Services de mise à disposition de personnel infirmier et médical]; De 85000000-9 à 85323000-9 [Services de santé et services sociaux]; 98133000-4 [Services prestés par les organisations sociales]; 98133100-5 [Services d'appui relatifs au développement de l'esprit civique et aux équipements collectifs]; 98200000-5 [Services de conseil en matière d'égalité des chances]; 98500000-8 [Ménages privés employant du personnel]; De 98513000-2 à 98514000-9 [Services de main-d'œuvre pour les particuliers, services de personnel intérimaire pour les particuliers, services de personnel de bureau pour les particuliers, services de personnel temporaire pour les particuliers, services d'aide à domicile, services domestiques].
2. Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé	85321000-5 et 85322000-2 [Services sociaux administratifs et programme d'action communale]; 75000000-6 [Services de l'administration publique, de la défense et de la sécurité sociale]; 75121000-0, 75122000-7 [Services administratifs de l'enseignement et de la santé]; 75124000-1 [Services récréatifs, culturels et religieux]; De 79950000-8 à 79956000-0 [Services d'organisation d'expositions, de foires, de congrès, de séminaires, d'événements, de festivals, de fêtes, de défilés de mode]; De 79995000-5 à 79995200-7 [Services de gestion de bibliothèque, d'archivage et de catalogue]; De 80000000-4 à 80660000-8 [Services d'enseignement et de formation]; De 92000000-1 à 92700000-8 [Services récréatifs, culturels et sportifs].
3. Services de sécurité sociale obligatoire	75300000-9.
4. Services de prestations	De 75310000-2 à 75340000-1 [Services de prestations sociales et familiales, indemnités de maladie, de maternité, d'invalidité, d'incapacité temporaire, de chômage, allocations familiales].
5. Autres services communautaires, sociaux et personnels, y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives	98000000-3 [autres services communautaires, sociaux et personnels]; 98120000-0 et 98132000-7 [Services prestés par les organisations syndicales ou politiques]; 98130000-3 et 98133110-8 [Services prestés par les organisations associatives ou les associations de jeunes].
6. Services religieux	98131000-0.
7. Services d'hôtellerie et de restauration	De 55100000-1 à 55410000-7 [Services d'hôtellerie, d'hébergement, de camping, de centres aérés, de colonies de vacances, de wagons-lits, de restaurant, de débit de boisson...]; De 55510000-8 à 55524000-9 [Services de cantine, de restauration scolaire, de traiteur et de livraison de repas].
8. Services juridiques (3)	75231100-5 [Services administratifs des tribunaux]; De 79100000-5 à 79140000-7 [Services juridiques].
9. Autres services administratifs et publics	De 75100000-7 à 75111200-9 [Services de l'administration publique, du législatif et de l'exécutif]; De 75112000-4 à 75120000-3 [Services administratifs relatifs aux activités des entreprises et aux projets de développements, services administratifs d'agences]; 75123000-4 [Services administratifs du logement]; De 75125000-8 à 75131000-3 [Services administratifs dans le secteur du tourisme, services d'appui aux pouvoirs publics, services de pouvoirs publics].
10. Prestations de services pour la collectivité	75200000-8 à 75231000-4 [Affaires étrangères, défense, protection civile, justice].
11. Services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours (4)	75231210-9 à 75231230-5 [Services liés à l'administration pénitentiaire]; De 75240000-0 à 75252000-7 [Services de sécurité, de police, d'ordre public, d'huissiers de justice, d'incendie et de sauvetage]; 794300000-7 [Services de gestion de crise]; 98113100-9 [Services de sûreté nucléaire].
12. Services d'enquête et de sécurité	De 79700000-1 à 79723000-8.
13. Services internationaux	98900000-2 [Services prestés par des organisations et des organismes extraterritoriaux]; 98910000-5 [Services spécifiques aux organisations et aux organismes internationaux].
14. Services postaux	De 64000000-6 à 64116000-2 [Services postaux, services de guichets de bureaux de poste, location de boîtes aux lettres, services de poste restante]; 64122000-7 [Services de courrier et de messagerie interne des administrations].
15. Services divers	50116510-9 [Services de rechapage de pneus]; 71550000-8 [Services de travaux de forge].

II. – Les seuils prévus à l'article 35 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, à compter desquels les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au I du présent avis font l'objet de mesures de publicité européenne, sont les suivants :

Pour les pouvoirs adjudicateurs	750 000 € HT
Pour les entités adjudicatrices	1 000 000 € HT

III. – Parmi les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés ci-dessus, les marchés publics pouvant faire l'objet d'une réservation au bénéfice des entreprises de l'économie sociale et solidaire en vertu de l'article 37 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics sont les suivants :

DÉSIGNATION	CODES CPV (2)
1. Services sanitaires, sociaux et connexes	79622000-0 [Services de mise à disposition de personnel d'aide à domicile]; 79624000-4 et 79625000-1 [Services de mise à disposition de personnel infirmier et médical]; De 85000000-9 à 85323000-9 [Services de santé et services sociaux]; 98133000-4 [Services prestés par les organisations sociales].
2. Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé	75121000-0 et 75122000-7 [Services administratifs de l'enseignement et de la santé]; 80110000-8 [Services d'enseignement préscolaire]; 80300000-7 [Services d'enseignement supérieur]; 80420000-4 [Services d'enseignement par voie électronique]; 80430000-7 [Services d'enseignement de niveau universitaire pour adultes]; 80511000-9 [Services de formation du personnel]; 80520000-5 [Installations de formation]; 80590000-6 [Services d'aide pédagogique]; 92500000-6 [Services de bibliothèques, archives, musées et autres services culturels]; 926000000-7 [Services sportifs].
3. Autres services communautaires, sociaux et personnels, y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives	98133110-8 [Services prestés par les associations de jeunes].

IV. - Les services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au c du 2° de l'Article 10 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession sont ceux mentionnés dans la liste figurant au I, à l'exception des services correspondant aux codes CPV suivant :

- 92350000-9 [Services de jeux et de paris] ;
- 92351000-6 [Services de jeux] ;
- 92351200-8 [Services d'exploitation de casinos] ;
- 92352000-3 [Services de paris] ;
- 92352100-4 [Services d'exploitation de machines pour les paris mutuels] ;
- 92352200-5 [Services prestés par les bookmakers].

Cet avis est applicable sur l'ensemble du territoire de la République. Pour son application en Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, les montants exprimés en euros sont applicables sous réserve de leur contre-valeur en monnaie locale.

NOTES

(1) Cet avis est pris conformément à :

- la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;
- la 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 ;
- la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26

février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

(2) Les codes CPV sont ceux fixés par le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV, modifié par le règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 (JOUE n° L. 74 du 15 mars 2008, p. 1).

(3) Dans la mesure où ces services ne sont pas :

- exclus du champ d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en vertu du 10° de son article 14 ;
- exclus du champ d'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession en vertu du 8° de son article 13 ;
- mentionnés à l'article 29 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

(4) Dans la mesure où ces services ne sont pas :

- exclus du champ d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en vertu du 9° de son article 14 ;
- exclus du champ d'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession en vertu du 7° de son article 13.

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (1) – NOR : EINM1608119V – JO du 27 mars 2016.

I. - Seuils de procédure formalisée pour les marchés publics : Les seuils mentionnés à l'Article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sont les suivants :

POUVOIRS ADJUDICATEURS	
Fournitures et services :	
a) Autorités publiques centrales sauf dans les cas du c	135 000 € HT
b) Autres pouvoirs adjudicateurs	209 000 € HT
c) Fournitures des autorités publiques centrales dans le domaine de la défense pour des produits autres que ceux figurant à l'annexe 4 de l'appendice I de l'offre de l'Union européenne au titre de l'Accord sur les marchés publics (2)	209 000 € HT
Travaux	5 225 000 € HT
ENTITÉS ADJUDICATRICES	
Fournitures et services	418 000 € HT
Travaux	5 225 000 € HT
MARCHÉS PUBLICS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ	
Fournitures et services	418 000 € HT
Travaux	5 225 000 € HT

II. - Seuil applicable aux contrats de concession relevant du 1° de l'Article 9 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession : Le seuil mentionné au 1° de l'Article 9 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession est de 5 225 000 € HT.

III. - Liste des autorités publiques centrales : Les autorités publiques centrales mentionnées au II de l'Article 31, au I de l'Article 70, au II de l'Article 72 et au II de l'Article 83 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics sont les suivantes (3) :

1° L'État ;

2° Les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception des établissements publics de santé ;

3° Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité juridique ;

4° La caisse des dépôts et consignations ;

5° L'ordre national de la Légion d'honneur ;

6° L'Union des groupements d'achats publics (UGAP) ;

7° La fondation Carnegie ;

8° La fondation Singer-Polignac.

IV. - Cet avis est applicable sur l'ensemble du territoire de la République. Pour son application en Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, les montants exprimés en euros sont applicables sous réserve de leur contre-valeur en monnaie locale.

NOTES

(1) Cet avis est pris conformément à :

La directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil 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 ;

La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;

La 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 ;

La directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

(2) L'annexe 4 point 3 de l'offre de l'Union européenne au titre de l'Accord sur les marchés publics révisé est disponible sur le site de l'Organisation mondiale du commerce (https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gproc_f.htm).

(3) Les autorités qui succèdent à celles visées par cette liste, par changement de dénomination, par fusion ou par absorption, sont considérées comme des autorités publiques centrales au sens des mêmes Articles.

Avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics (1) – NOR : EINM1608173V – JO du 27 mars 2016

Les conventions internationales en matière de droit environnemental, social ou du travail mentionnées à l'article 60 du décret n° 2016-360 du EINM1600207D relatif aux marchés publics et à l'article 57 du décret n° 2016-361 du EINM1600207D relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité sont les suivantes :

- convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical ;
- convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail sur le droit d'organisation et de négociation collective ;
- convention n° 29 de l'Organisation internationale du travail sur le travail forcé ;
- convention n° 105 de l'Organisation internationale du travail sur l'abolition du travail forcé ;
- convention n° 138 de l'Organisation internationale du travail concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi ;
- convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination (emploi et profession) ;
- convention n° 100 de l'Organisation internationale du travail sur l'égalité de rémunération ;
- convention n° 182 de l'Organisation internationale du travail sur les pires formes de travail des enfants ;

- convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone ;
- convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (convention de Bâle) ;
- convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants ;
- convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (Programme des Nations unies pour l'environnement/ Food and Agriculture Organization) (Convention PIC) et ses trois protocoles régionaux.

NOTES

(1) Avis pris conformément à la 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 et à la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics – NOR : EINM1600215A – JO du 31 mars 2016

Le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et la ministre des outre-mer,
Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, notamment son Article 51 ;
Vu le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, notamment son Article 50 ;
Vu le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité, notamment son Article 42 ;
Vu l'avis du Conseil national d'évaluation des normes en date du 4 février 2016,
Arrêtent :

Article 1

Pour les marchés publics de services, lorsque les opérateurs économiques 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, l'acheteur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

Article 2

I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats, l'acheteur peut notamment

exiger un ou plusieurs des renseignements ou documents justificatifs suivants :

1° Déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;

2° Déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents ;

3° Bilans ou extraits de bilan, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

II. - Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les renseignements et documents demandés par l'acheteur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

Article 3

I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités techniques et professionnelles des candidats, l'acheteur ne peut exiger d'autres moyens de preuve que les renseignements ou documents suivants :

1° Une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, assortie d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte. Ces attestations indiquent le montant, la date et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ;

2° Une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années ou, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;

3° Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;

4° Pour les marchés publics de travaux, de services ou pour les marchés publics de fournitures comportant également des travaux de pose et d'installation ou des prestations de services, l'indication des titres d'études et professionnels du candidat ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché public ;

5° L'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés au candidat, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel le candidat pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage ;

6° Une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique dont le candidat disposera pour la réalisation du marché public ;

7° La description de l'équipement technique ainsi que des mesures employées par le candidat pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;

8° L'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que le candidat pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché public ;

9° L'indication des mesures de gestion environnementale que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public ;

10° Des échantillons, descriptions ou photographies des fournitures ;

11° Des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques. Toutefois, d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats sont acceptées, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ;

12° Des certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants. Dans ce cas, l'acheteur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres ;

13° Lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par l'acheteur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il

prendra pour contrôler la qualité ;

14° Dans les marchés publics de défense ou de sécurité uniquement :

a) Une description des sources d'approvisionnement dont le candidat dispose pour exécuter le marché public, pour faire face à d'éventuelles augmentations des besoins de l'acheteur par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public avec une indication de leur implantation géographique lorsqu'elle se trouve hors du territoire européen ;

b) Une description des règles internes en matière de propriété intellectuelle ;

c) Lorsqu'il s'agit de marchés publics qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, les éléments mentionnés à l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article 1^{er} du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 susvisé justifiant la capacité de traiter, stocker et transmettre ces informations au niveau de classification ou de protection exigé par l'acheteur.

II. - Dans les marchés publics de défense ou de sécurité, si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'acheteur, il est autorisé à prouver ses capacités techniques ou professionnelles par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

Article 4

L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes et certifiés par des organismes accrédités. Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère :

1° Soit au système de management environnemental et d'audit (EMAS) de l'Union européenne ;

2° Soit à d'autres systèmes de gestion environnementale reconnus conformément à l'Article 45 du règlement (CE) n° 1221/2009 ;

3° Soit à d'autres normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. L'acheteur accepte les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Lorsqu'un opérateur économique n'a pas la possibilité d'obtenir ces certificats dans les délais fixés pour des motifs qui ne lui sont pas imputables, l'acheteur accepte d'autres mesures équivalentes pour autant que l'opérateur économique concerné établisse que les mesures proposées sont équivalentes à celles requises.

Article 5

Si l'objet ou les conditions d'exécution du marché public le justifient, l'acheteur peut exiger des renseignements relatifs à l'habilitation préalable ou à la demande d'habilitation préalable du candidat, en application des Articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale.

Article 6

Le cas échéant, les acheteurs utilisent la base de données e-Certis de la Commission européenne pour procéder aux vérifications des formes des documents de preuve ou des pièces justificatives des candidats.

A compter du 1^{er} octobre 2018, lorsque l'acheteur demande la production d'un certificat, d'une attestation ou d'un document de preuve particulier, il exige principalement celles de ces pièces justificatives qui sont référencées dans cette base.

Article 7

I. - Le présent arrêté est applicable aux marchés publics soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, conclus par l'Etat ou ses établissements publics en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, sous réserve des dispositions suivantes :

1^o Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités. « Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes locales, nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2^o L'article 6 est supprimé.

II. - Pour l'application du présent arrêté à Saint-Barthélemy :

1^o Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités. « Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes locales, nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2^o L'article 6 est supprimé.

III. - Pour l'application du présent arrêté à Saint-Pierre-et-Miquelon :

1^o Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités. « Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2^o L'article 6 n'est pas applicable.

Article 8

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 est abrogé.

Article 9

Le présent arrêté entre en vigueur le 1^{er} avril 2016.

Il s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence est envoyé à la publication à compter de sa date d'entrée en vigueur.

Article 10

Le directeur des affaires juridiques et le directeur général des outre-mer sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 29 mars 2016.

Le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

Pour le ministre et par délégation :

Le directeur des affaires juridiques,

J. Maïa

La ministre des outre-mer,

Pour la ministre et par délégation :

Le directeur général des outre-mer,

A. Rousseau

DONNEZ LA MEILLEURE VISIBILITÉ À VOS MARCHÉS



LE 1^{ER} SITE DE CONSULTATION DES APPELS D'OFFRES EN ACCÈS LIBRE

Avec près de 4 millions de pages vues par mois, **Marchés Online** est aujourd'hui la référence incontournable. En diffusant vos appels d'offres sur www.marcheonline.com, vous êtes sûr de leur donner la plus forte visibilité multisectorielle.

En savoir plus sur le pack Marchés Online : 01 79 06 73 73

MarchésOnline.com
La grande adresse des appels d'offres

La presse pro votre meilleur atout pour vos appels d'offres

8,2/10

MEILLEURE NOTE
DE SATISFACTION
ATTRIBUÉE AUX
PUBLICATIONS
PROFESSIONNELLES.

SOURCE IFOP*

*Étude IFOP réalisée auprès de 456 acheteurs publics, oct. 2015



POUR VOS INSERTIONS

Tél. (0)1 77 92 92 92

rcm@infopro-digital.com



INFOPRO
digital

UNE AUDIENCE PROFESSIONNELLE INÉGALÉE DANS TOUS LES SECTEURS D'ACTIVITÉ
ASSURANCE | INDUSTRIE | BTP | TOURISME | COMMERCE | RESTAURATION