

MARCHES PUBLICS

INSTRUCTION POUR L'APPLICATION DU CODE DES MARCHES PUBLICS (DECRET N°2001-210 DU 7 MARS 2001)

AVERTISSEMENT

1) Dans le cadre de la réforme des règles de la commande publique, des dispositions spécifiques aux marchés publics ont été insérées dans un projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) qui a été déposé au Parlement. Ce projet a été adopté en seconde lecture par l'Assemblée Nationale le 28 juin 2001. Son examen devrait reprendre en octobre 2001.

Ce projet de loi comporte des dispositions relatives à l'ingénierie publique, à la qualification des marchés publics, au contrôle de légalité de ces marchés, aux règles de la sous-traitance et à certaines modalités d'allotissement

La présente instruction qui explicite les règles de droit positif issues du nouveau code des marchés publics mais également d'autres textes, notamment législatifs, qui s'appliquent à la commande publique, comporte en conséquence quelques indications concernant les modifications que le projet de loi, lorsqu'il sera adopté, apportera aux règles actuelles. Les indications relatives à ce projet de loi dans la présente instruction figurent en caractères italiques soulignés

Dès la promulgation de ce projet de loi, les indications contenues dans la présente instruction qui sont concernées par cette mesure nouvelle seront mises à jour.

2) Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics entre en vigueur le 9 septembre 2001 à l'exception de son article 27 qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

Des mesures transitoires ont été prévues pour permettre d'éviter les conséquences d'un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation. Il ressort des dispositions de l'article 3 du décret précité que :

a) Les marchés notifiés avant le 9 septembre 2001 restent soumis pour leur passation comme pour leur exécution aux seules dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau code des marchés publics.

b) Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé à compter du 9 septembre 2001 seront soumis aux seules dispositions du nouveau code des marchés publics tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc plus concernés par les dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001.

c) Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel à concurrence aura été envoyé avant le 9 septembre 2001, le marché étant notifié après cette date seront soumis, pour leur seule passation aux dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 et pour leur seule exécution, aux dispositions du nouveau code des marchés publics. Les difficultés et litiges concernant leur passation et notamment, les règles de publicité, la désignation du coordonnateur, la production des attestations fiscales et sociales, le choix des candidats et des offres ne seront concernés que par les dispositions du code en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 alors que les difficultés et litiges concernant l'exécution et notamment les avenants, les conditions de résiliation, les conditions de paiement ne seront concernés que par les dispositions du nouveau code et, à compter de sa publication, par les dispositions du décret relatif aux délais de paiement.

d) Pour ce qui concerne plus particulièrement la computation des seuils, dès le 9 septembre 2001, le seuil des marchés non formalisés en raison d leur montant est fixé à 90 000 euros HT. C'est à dire que si les personnes responsables des marchés étaient limitées jusqu'au 9 septembre 2001 par un plafond de 300 000 francs TTC, dès le 9 septembre, elles peuvent considérer que ce plafond est relevé à 90 000 euros HT mais

pour l'ensemble de l'année 2001. Il ne s'agit pas d'un cumul des montants des deux seuils sur l'année 2001 mais d'un relèvement du premier pour atteindre le second.

Par ailleurs, dans la mesure où la date d'entrée en vigueur de l'article 27 a été repoussée au 1^{er} janvier 2002, le mode très précis de computation des seuils qu'il prévoit n'est pas opposable aux acheteurs publics avant cette date.

Le code en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 n'ayant pas explicitement prévu des règles précises pour cette computation, les modalités de computation des seuils par prestations homogènes ou fournitures homogènes continueront à être recommandées jusqu'au 31 décembre 2001. A compter du 1^{er} janvier 2002, tous les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel à concurrence aura été envoyé seront obligatoirement, sous peine d'irrégularité, soumis au respect des règles fixées par l'article 27.

En outre, et afin de permettre aux acheteurs d'appliquer le mode de computation prévu à l'article 27, une nomenclature sera adoptée par arrêté interministériel, dès avant la fin de l'année 2001, et sera accompagnée d'un mode d'emploi.

e) Plusieurs cas de figure peuvent être distingués en ce qui concerne la disparition des groupements de commande préexistants à l'entrée en vigueur du décret portant code des marchés publics.

En premier lieu, les groupements constitués sur le fondement des anciennes dispositions du code des marchés publics n'ayant pas conclu de marché ou n'ayant pas engagé une consultation avant le 9 septembre 2001 sont dissous par arrêté préfectoral dans les meilleurs délais.

En second lieu, ces groupements peuvent subsister le temps de l'exécution de marchés notifiés avant le 9 septembre 2001. Ils seront dissous par arrêté préfectoral après l'exécution du dernier marché concerné par cette procédure.

En troisième lieu, conformément aux dispositions de l'article 3-II du décret précité, les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication antérieurement au 9 septembre demeurent régis pour leur passation par les dispositions du code des marchés publics dans sa version antérieure. Ils sont régis par les autres dispositions du nouveau code, à l'exception de celles de l'article 96 relatives aux délais de paiement qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

Dans cette hypothèse, selon l'article 8- V, du décret susvisé, la personne responsable du marché de chaque commune membre du groupement, signe, pour ce qui la concerne, le marché et s'assure de sa bonne exécution

3) Les instructions des 29 décembre 1972 et 10 novembre 1976 modifiées ainsi que la circulaire du 24 janvier 2000 relative aux marchés fractionnés (NOR ECOM9900874/C) sont abrogées et remplacées par la présente instruction à la date du 9 septembre 2001.

SOMMAIRE

	pages
Titre I : CHAMP D'APPLICATION ET PRINCIPES FONDAMENTAUX	9
Art. 1 - Définition des marchés publics	9
Art. 2 - Champ d'application	16
Art. 3 - Exclusions	20
Art. 4 - Cas particulier	25
Titre II : DISPOSITIONS GÉNÉRALES	26
Chapitre 1^{er}. Détermination des besoins à satisfaire	26
Art. 5 - Définition des besoins	26
<u>Chapitre 2. Définition des prestations</u>	27
Art. 6 - Référence aux normes	27
<u>Chapitre 3. Coordination et groupement de commandes</u>	29
Art. 7 - Coordination des achats au sein d'une même personne publique	29
Art. 8 - Groupements de commandes	32
Art. 9 – Union des groupements d'achats publics	37
<u>Chapitre 4. L'allotissement</u>	37
Art. 10 - Allotissement	37
<u>Chapitre 5. Documents constitutifs du marché</u>	40
Art. 11 - Pièces constitutives du marché	40
Art. 12 - Mentions obligatoires	43
Art. 13 - Cahiers des charges	45
Art. 14 - Conditions d'exécution sociales et environnementales	48
<u>Chapitre 6. Durée du marché</u>	50
Art. 15 - Durée du marché – Reconduction	50
Chapitre 7. Prix du marché	51
Art. 16 - Prix unitaire ou forfaitaire	51
Art. 17 - Prix ferme, ajustable ou révisable	53
Art. 18 - Prix provisoire	55
<u>Chapitre 8. Avenants</u>	61
Art. 19 - Encadrement des avenants	61
Titre III : PASSATION DES MARCHÉS	63
Chapitre 1. Organes de l'achat public	63

<u>Section 1. La personne responsable du marché</u>	63
Art. 20 - Définition	63
<u>Section 2. La commission d'appel d'offres</u>	65
Art. 21 – La commission d'appel d'offres de l'Etat	65
Art. 22 – La commission d'appel d'offres des collectivités territoriales	66
Art. 23 - Dispositions communes	69
<u>Section 3. La commission de l'appel d'offres sur performances</u>	70
Art. 24 - Composition	70
<u>Section 4. Le jury de concours</u>	71
Art. 25 - Composition	71
<u>Chapitre 2. Définition des procédures</u>	73
Art. 26 - Les procédures prévues par le code	73
Art. 27 - Mode de computation des seuils	73
<u>Section 1. Absence de formalités ou modalités particulières de passation</u>	79
Art. 28 - Absence de formalités préalables en dessous du seuil de 90000 €HT	79
Art. 29 - Achats de denrées périssables sur foires et marchés	80
Art. 30 - Procédure allégée pour certains marchés de services	81
Art. 31 - Obligation de décoration des constructions publiques	82
<u>Section 2. Mise en concurrence simplifiée</u>	82
Art. 32 - Définition	82
<u>Section 3. Appel d'offres</u>	83
Art. 33 - Définition	83
<u>Section 4. Procédures négociées</u>	84
Art. 34 - Définition	84
Art. 35 - Cas de marchés négociés	85
<u>Section 5. Autres procédures</u>	95
Art. 36 - L'appel d'offres sur performances	95
Art. 37 - Les marchés de conception-réalisation	97
Art. 38 - Le concours	98
<u>Chapitre 3. Règles générales de passation</u>	100
<u>Section 1. Organisation de la publicité</u>	100
Art. 39 - L'avis de préinformation	100
Art. 40 - L'avis d'appel public à la concurrence	101
<u>Section 2. Information des candidats</u>	104
Art. 41 - Dossier de consultation	104
Art. 42 - Le règlement de la consultation	105
<u>Section 3. Conditions d'accès à la commande publique relatives à la situation fiscale et sociale des candidats ou aux difficultés des entreprises</u>	106
Art. 43 et 44 - Conditions liées à la situation fiscale et sociale des candidats	106
<u>Section 4. Présentation des candidatures</u>	110
Art. 45 - Renseignements et documents demandés aux candidats	110

Art. 46 - Vérification de la régularité fiscale et sociale des candidats	110
Art. 47 - Sanctions possibles	111
<u>Section 5. Présentation des offres</u>	111
Art. 48 - L'acte d'engagement	111
Art. 49 - Devis descriptif et estimatif détaillé	113
Art. 50 - Variantes	114
<u>Section 6. Groupements des candidatures et des offres</u>	115
Art. 51 - Groupements solidaires et groupements conjoints	115
<u>Section 7. Examen des candidatures et des offres</u>	118
Art. 52 - Critères de sélection des candidatures	118
Art. 53 - Critères de choix des offres et classement des offres	120
Art. 54 - Droit préférentiel en faveur des SCOP, GPA, artisans, artistes	123
Art. 55 - Offres anormalement basses	125
<u>Section 8. Dématérialisation des procédures</u>	126
Art. 56 - Echanges d'information par voie électronique	126
<u>Chapitre 4. Déroulement des différentes procédures</u>	127
<u>Section 1. Mise en concurrence simplifiée</u>	127
Art. 57 - Description de la procédure	127
<u>Section 2. Appel d'offres</u>	130
Art. 58 à 60 - L'appel d'offres ouvert	130
Art. 61 à 65 - L'appel d'offres restreint	138
<u>Section 3. Procédures négociées</u>	142
Art. 66 et 67 - Déroulement de la procédure	142
<u>Section 4. Autres procédures</u>	144
Art. 68 et 69 - L'appel d'offres sur performances	144
Art. 70 - Les marchés de conception-réalisation	150
Art. 71 - Le concours	151
<u>Chapitre 5. Dispositions particulière à certains marchés</u>	155
<u>Section 1. Marchés fractionnés</u>	155
Art. 72 - Marchés à bons de commandes ou à tranches conditionnelles	155
<u>Section 2. Marchés de définition</u>	167
Art. 73 - Particularités	167
<u>Section 3. Marchés de maîtrise d'oeuvre</u>	169
Art. 74 - Définition et modalités de passation	169
<u>Chapitre 6. Achèvement de la procédure</u>	174
Art. 75 - Le rapport de présentation	174
Art. 76 - Information des candidats	174
Art. 77 - Saisine de la Commission spécialisée des marchés	176
Art. 78 - Transmission au représentant de l'Etat	176
Art. 79 - Notification des marchés	177
Art. 80 et 81 - Avis d'attribution	178

<u>Chapitre 7. Dispositions spécifiques aux marchés des opérateurs de réseaux</u>	179
Art. 82 - Les opérateurs de réseaux	179
Art. 83 - Exclusions	181
Art. 84 - Marchés négociés	182
Art. 85 - Offre anormalement basse	182
Titre IV - EXÉCUTION DES MARCHÉS	183
<u>Chapitre 1. Régime financier</u>	183
<u>Section 1. Règlement, avances, acomptes</u>	183
Art. 86 - Disposition générale	183
Art. 87 et 88 - Régime des avances (forfaitaire et facultative)	183
Art. 89 - Acomptes	187
Art. 90 - Règlement partiel définitif	188
Art. 91 à 98 - Régime des paiements	189
<u>Section 2. Garanties</u>	192
Art. 99 à 101 - Retenue de garantie	192
Art. 102 à 105 - Autres garanties	196
<u>Section 3. Financement</u>	197
Art. 106 à 110 - Cession ou nantissement des créances	197
Art. 111 - Intervention du Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (CEPME)	204
Chapitre 2. Dispositions relatives à la sous-traitance	204
Art. 112 à 117 - Dispositions relatives à la sous-traitance	205
Chapitre 3. Exécution complémentaire	210
Art. 118 - Décision de poursuivre	210
Titre V - DISPOSITIONS RELATIVES AU CONTRÔLE	210
<u>Section 1. Les commissions spécialisées des marchés</u>	212
Art. 119 -	212
<u>Section 2. La Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public</u>	212
Art. 120 à 125 -	212
<u>Section 3. Contrôle de coût de revient des marchés de l'Etat</u>	215
Art. 126 à 129 -	215
<u>Section 4. Autres contrôles des marchés publics de l'Etat</u>	217
Art. 130 -	217
<u>Titre VI – DISPOSITIONS DIVERSES</u>	217
Chapitre 1^{er}. Règlement des litiges	217
<u>Section 1. Comités consultatifs de règlement amiable des litiges</u>	217
Art. 131 -	217

<u>Section 2. Arbitrage</u>	218
Art.132 -	218
<u>Chapitre 2. Organismes consultatifs</u>	219
<u>Section 1. Commission technique des marchés</u>	219
Art. 133 -	219
<u>Section 2. Groupes permanents d'études des marchés</u>	219
Art. 134 -	219
<u>Chapitre 3. Informations sur les marchés</u>	219
<u>Section 1. Observatoire économique de l'achat public</u>	219
Art. 135 -	219
<u>Section 2. Recensement économique des marchés</u>	219
Art. 136 -	219

TITRE I – CHAMP D’APPLICATION ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

Article 1^{er}

I - Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

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

L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

II - Les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage.

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

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

Un marché public relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie. Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir.

1.1. L'article premier donne une définition des marchés publics et en développe les principales composantes

1.1.1. Les marchés publics sont des contrats

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre des personnes dotées de la personnalité juridique. Ils sont passés dans le respect des procédures prévues par le code des marchés publics lorsque leur montant excède 90 000 € HT. Ils sont dispensés du respect de ces procédures lorsque leur montant est inférieur à ce seuil.

Le fait qu'ils soient des contrats distinguent les marchés publics d'autres actes administratifs par lesquels les personnes publiques peuvent se procurer des travaux, des services, mais de manière non contractuelle. Tel est, par exemple, le cas lorsque les pouvoirs publics font usage du pouvoir de réquisition détenu en vertu de la loi du 3 juillet 1877 relative aux réquisitions militaires, du pouvoir de réquisition détenu en temps de paix en vertu de la loi du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, du pouvoir de police pour des raisons de maintien de l'ordre public.

1.1.2. Ils doivent répondre aux besoins de l'administration contractante

L'objet du marché est un élément fondamental de la définition des marchés publics. Il doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique, et à lui seul. La notion de personne morale de droit public est ici prise au sens juridique le plus classique. Il n'y a pas de différence entre les notions de personne publique, d'organisme public ou de collectivité publique.

1.1.2.1. Les marchés publics se distinguent des subventions

Les subventions constituent une contribution financière de la personne publique à une opération qui présente un caractère d'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a définis. Dans le cas de la subvention, la somme d'argent n'a pas de contrepartie directe pour la personne publique ; dans le cas contraire, en présence d'une contrepartie directe pour la personne publique, il s'agit d'un marché public (Conseil d'Etat 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais – CODIAC).

1.1.2.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public

La notion de délégation de service public a été progressivement définie par la jurisprudence, essentiellement par opposition à la notion de marché public, ainsi que par référence à d'autres catégories de contrats. Le Conseil d'Etat a précisé que la délégation de service public se caractérisait par « son objet, portant sur l'exécution du service public », et par le « mode de rémunération du cocontractant de l'administration » (Conseil d'Etat 22 mars 2000, Epoux Lasaulce), cette rémunération devant être « substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service » (CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1999, SMITOM). Ceci suppose que le délégataire assume une part du risque d'exploitation (CE, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de DOUAI et conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt SMITOM précité).

Le cas particulier des marchés de transports scolaires appelle une vérification au cas par cas au regard des critères définis par la jurisprudence administrative. Par ailleurs, la circulaire n°98-43 du 19 mars 1998 relative aux règles applicables aux conventions de transports réguliers de personnes qui fait écho à l'avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1996 fait le point sur la qualification des conventions de transports pour déterminer la procédure à suivre. La qualification de marché public sera étroitement dépendante de la constatation du fait que le cocontractant de l'administration n'assume pas le risque d'exploitation.

Afin de bien distinguer les délégations de service public des marchés publics, le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin » une définition de la délégation de service public : « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Ce texte devrait être adopté définitivement à l'automne 2001.

1.1.2.3. Les marchés publics se distinguent également des fonds de concours qui constituent des contributions financières de la personne publique sans être pour autant des marchés publics

1.1.3. Ils sont conclus à titre onéreux

La rédaction retenue par l'article 1^{er} du code reprend la définition communautaire, à savoir la notion de « contrats conclus à titre onéreux ». Cette définition exprime l'idée d'une charge qui pèse sur la personne publique et non sur les usagers.

Dans la majorité des cas, les prestations et fournitures acquises donneront lieu au versement d'un prix par la personne publique. Ceci n'exclut pas dans certaines hypothèses le versement d'un complément de rémunération par les usagers.

Dans d'autres hypothèses, la contrepartie des prestations consistera en une somme d'argent, évaluée et précisément indiquée, mais qui ne sera versée ni par la personne publique, ni par l'utilisateur mais par un tiers.

A titre d'exemple, la jurisprudence a qualifié de marché public le cas :

- d'une commune qui confie la publication du bulletin municipal à une entreprise qui est rémunérée par la publicité diffusée dans le bulletin ;

- des contrats de mobilier urbain par lesquels l'entreprise s'engage à installer ce mobilier et à l'entretenir en se rémunérant par les recettes publicitaires tout en reversant le cas échéant une redevance à la collectivité ;
- des contrats confiant des travaux à une entreprise qui, en contrepartie, peut se rémunérer par l'exploitation ou la vente des matériaux extraits (CE 28 février 1980, SA des Sablières modernes d'Aressy).

Ne sont pas des marchés publics de fournitures ou de services ou de travaux les prestations que la personne publique se procure à titre gratuit.

1.1.4. Ils sont passés avec des personnes publiques ou privées

Cette définition clarifie le champ d'application du code.

La simple coopération entre services d'une même personne publique ne donne pas lieu à la passation d'un marché. Il ne peut y avoir marché public que si la convention est signée par deux personnes distinctes dotées chacune de la personnalité juridique. En effet, une convention passée entre deux ministères ou deux services au sein de l'Etat ou d'une même collectivité territoriale ne peut pas être un marché public.

En revanche, l'achat, par une personne publique de prestations ou de fournitures à un tiers doit donner lieu à la passation d'un marché public. Peu importe la nature et le statut de ce tiers, qu'il s'agisse d'une personne publique ou d'une personne privée. Ceci implique évidemment qu'une personne publique puisse présenter sa candidature à un marché public, ce que la jurisprudence avait déjà admis. Récemment, un avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants et un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 7 décembre 2000, ARGE Gewässerschutz, ont précisé qu'aucun texte ni en droit interne, ni en droit communautaire, et aucun principe n'interdisent, en raison de sa nature, à une entité publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Le Conseil d'Etat a estimé dans son avis précité que le respect des principes d'égal accès aux marchés publics et de liberté de la concurrence, lors de l'attribution d'un marché public à un établissement public à caractère administratif, suppose :

- que le prix proposé par cet établissement soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ;
- que cet établissement n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;
- que cet établissement puisse, si nécessaire, justifier ces deux conditions par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information.

S'agissant des prestations d'ingénierie publique, le projet de loi adopté par l'assemblée nationale en deuxième lecture le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier modifie la loi n° 92-125 du 6 février 1992 d'orientation relative à l'administration territoriale de la République et distingue deux types de mission :

- des missions d'ingénierie publique qui doivent s'exercer dans le cadre des règles de la commande publique et de la concurrence (maîtrise d'œuvre, conduite d'opérations..) ;
- une mission d'assistance technique aux collectivités de taille et de ressources modestes, qui ne disposant pas des moyens humains et techniques nécessaires à l'exercice de leurs compétences dans le domaine de la voirie, de l'aménagement et de l'habitat, doivent pouvoir faire appel aux services de l'Etat pour l'exercice de leurs compétences ; cette mission de service public s'exerce en dehors des règles de la concurrence.

Ce texte devrait être adopté définitivement à l'automne 2001.

Enfin, le code prévoit expressément, en son article 3, que certains contrats entre personnes publiques sont exclus de l'application des règles du code.

1.1.5. Ils portent sur des fournitures, des services ou des travaux

Le II de l'article 1^{er} du code des marchés publics définit désormais les différentes catégories de marchés dans la continuité directe des définitions données par les directives communautaires. Il confirme sur ce point également l'harmonisation entre ces deux corps de règles.

La définition de chaque catégorie de marchés est particulièrement importante au regard des modalités de calcul du montant du marché à comparer aux différents seuils définies à l'article 27 du code.

1.1.5.1. La définition des marchés de travaux est très étroitement liée à la notion de maîtrise d'ouvrage puisque sont des marchés de travaux, les marchés ayant pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage. Telle est en effet la définition d'ordre général qu'en donne la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Est maître d'ouvrage la personne physique ou morale pour le compte de laquelle ces travaux sont exécutés.

Pour rechercher si un contrat peut être qualifié de marché de travaux, le juge administratif exige que l'administration y assure les fonctions de maître d'ouvrage et que les travaux soient réalisés sous son contrôle et directement pour son compte.

Cependant, en raison de cette définition des marchés publics de travaux, les montages complexes, et en particulier la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) et le bail emphytéotique administratif (BEA), sous réserve que leur qualification corresponde bien au contenu des prestations, ne sont pas des marchés au sens du code.

1.1.5.2. Les marchés de fournitures sont des marchés ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location vente avec ou sans option d'achat de produits ou matériels entre une personne publique et un fournisseur. La livraison de produits peut comporter à titre accessoire des travaux de pose et d'installation.

La notion de marchés de fournitures recouvre :

- les marchés de fournitures courantes, qui sont des marchés de fournitures ayant pour objet l'acquisition par l'acheteur public de produits déjà existants et qui ne sont pas fabriqués sur spécifications techniques particulières ;
- les marchés industriels, qui sont des marchés de fournitures non courantes ayant pour objet principal l'achat de produits qui ne se trouvent pas dans le commerce et que le titulaire doit réaliser sur spécifications techniques propres à l'acheteur public. Il peut s'agir de contrats de nature diverse, par exemple de contrats de recherche, d'études, de faisabilité, de définition ou de conception (d'un système, d'un ouvrage, d'un produit ou d'un procédé) ou bien encore de contrats d'exploitation y compris la prospective ;
- les contrats de crédit bail, de location ou de location vente, avec ou sans option d'achat. En revanche, la notion de marché public de fournitures se limite aux marchés portant sur des objets mobiliers ; elle ne couvre pas les ventes, locations-ventes ou contrats de crédit-bail relatifs à des biens immobiliers.

1.1.5.3. Sont des marchés de services, les marchés ayant pour objet la réalisation de prestations de services. La notion de marchés de services doit être entendue de manière extensive. Elle recouvre par exemple :

- les marchés de services courants qui ont pour objet l'acquisition par l'acheteur public de services pouvant être fournis sans spécifications techniques exigées par cet acheteur ;
- les marchés de prestations intellectuelles qui comportent nécessairement des obligations spécifiques significatives liées à la notion de propriété intellectuelle ;
- les marchés de services financiers notamment ceux liés aux acquisitions immobilières.

1.1.5.4. Les marchés « mixtes »

L'article premier du code indique que lorsqu'un marché public est mixte parce qu'il a pour objet à la fois des services et des fournitures, il convient de prendre en considération la prestation dominante. Il s'agit ainsi d'un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir.

En revanche, le code n'évoque pas expressément le cas des marchés mixtes comportant une part de travaux (cas d'une véritable incorporation des fournitures ou services aux travaux), car cette hypothèse ne trouve pas normalement à s'appliquer.

1.1.6. Le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier qualifie les marchés publics de contrats administratifs

Le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier prévoit que « les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ».

Ce texte, qui devrait être adopté définitivement à l'automne 2001, prévoit de mettre un terme à l'incertitude qui résulte du partage du contentieux des marchés publics entre les deux ordres de juridiction. Il unifie en effet le contentieux des contrats soumis au code des marchés publics en le confiant au juge administratif, à l'exception des litiges pour lesquels le juge judiciaire était compétent et qui ont été portés devant lui avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi.

Assurances et marchés publics

1. Faire relever les marchés publics du seul juge administratif, comme le prévoit le projet de loi MURCEF, n'est en rien de nature à modifier l'équilibre global du régime spécifique des contrats d'assurance.

Le code des marchés publics, d'essence réglementaire, cède nécessairement le pas devant les dispositions législatives du code des assurances.

Le juge administratif appliquera le code des assurances, tout comme le juge judiciaire, en faisant prévaloir les dispositions législatives sur toute règle contraire fixée par une disposition de nature réglementaire. De même, la jurisprudence judiciaire sera prise en compte par le juge administratif, exactement comme le juge administratif a inclus la jurisprudence judiciaire dans son champ jurisprudentiel pour l'application de l'ordonnance du 2 décembre 1986 sur la concurrence.

A titre d'exemples :

- les conditions de révision des primes, prévues par le code des assurances, notamment l'augmentation du montant de la prime en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, s'imposent dans le cadre des marchés publics ;
- la date d'entrée en vigueur des contrats d'assurance peut être antérieure à la notification du contrat lui-même, au moyen des notes de couverture permettant de constater l'engagement réciproque de l'assureur et de l'assuré ; ces notes de couvertures, prévues par les dispositions des articles L. 111-2 et L. 111-3 du code des assurances, s'imposent également nonobstant toute disposition contraire du code des marchés publics ;
- l'exception d'inexécution, qui permet à l'assureur de mettre fin au contrat, trouvera à s'appliquer dans les marchés publics d'assurance comme elle s'applique dans les contrats d'assurance entre personnes privées.

2. Les contrats d'assurances peuvent bénéficier de la procédure négociée prévue à l'article 35 du code des marchés publics.

Les contrats d'assurance sont des marchés de services. Ils peuvent être passés selon les règles de la procédure négociée de l'article 35 lorsque la prestation de service à réaliser est de nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre

le recours à l'appel d'offre. Dès lors que ces conditions sont remplies, une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable peut trouver à s'appliquer.

1.2. L'article premier rappelle les principes fondamentaux qui régissent la commande publique

Les principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique, qui se trouvent expressément consacrés par l'article commenté, constituent de simples applications du principe plus général d'égalité des citoyens devant les charges publiques, mais également des principes de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie.

Ces principes, ainsi que le principe de transparence des procédures qui en découle, animent l'ensemble des dispositions relatives aux procédures de passation des marchés.

1.2.1. Le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de liberté d'accès à la commande publique

Ces deux principes sont complémentaires.

1.2.1.1. Le principe d'égalité de traitement des candidats

L'égalité de traitement devant la loi est un principe général du droit, érigé en principe à valeur constitutionnelle. Il signifie que toute personne – physique ou morale – doit être traitée de la même façon qu'une autre personne placée dans la même situation.

Il revêt une spécificité particulière et une importance fondamentale dans le cadre des marchés publics notamment dans les procédures de mise en concurrence prévues par le Code (CE 25 juillet 1939, Dame veuve Gautron).

L'égalité consacrée par le Code implique en effet la fixation préalable de règles du jeu claires pour garantir la transparence et la libre concurrence.

L'administration doit ainsi mettre tous les candidats dans une situation d'égalité au regard de l'information sur les conditions du marché.

L'égalité trouve des équivalences en droit communautaire dans le principe de non-discrimination, et en droit international dans le principe d'égalité de traitement, qui figurent respectivement dans les directives et dans l'accord international sur les marchés publics.

1.2.1.2. La liberté d'accès à la commande publique

Cette liberté consiste à permettre à toute personne remplissant les conditions requises de se porter candidate à un marché public.

L'administration ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles que le code lui permet d'imposer en matière de capacité, de garanties professionnelles et financières ou encore de caractéristiques des offres. Ainsi, le juge administratif sanctionne les clauses qui, par leurs exigences particulières en matière de capacité ou de spécifications techniques, écartent certaines catégories de candidats (CE 9 février 1992, Mauguin).

Le principe de liberté d'accès interdit d'exclure des candidats qui remplissent toutes les conditions requises posées par le règlement de la consultation, et ce dernier ne doit comporter aucune exigence qui ne serait pas justifiée par l'objet du marché. L'attention des acheteurs publics est particulièrement appelée sur ce point.

Le principe de liberté d'accès interdit aux acheteurs publics de subordonner l'accès des candidats aux marchés à des conditions qui seraient de nature à créer une discrimination injustifiée, telles que par exemple la fourniture de certaines pièces que toutes les entreprises ne sont pas légalement tenues de posséder et qui ne sont pas indispensables à l'appréciation de leurs garanties et aptitudes.

1.2.2. Le principe de transparence des procédures

L'obligation de transparence qui incombe à l'acheteur public consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché.

S'agissant en particulier des marchés d'un montant supérieur aux seuils communautaires, ce principe de transparence des procédures a été posé dans l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH), qui dispose que le principe de non-discrimination « implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté ».

1.2.3. Sanctions du non-respect de ces principes

La méconnaissance des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement, constitue non seulement une cause d'illégalité de nature à entraîner l'annulation du marché ou de la décision de le passer, mais encore un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de l'article L. 551-1 (ex L-22) du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives. Elle expose également son auteur à des sanctions pénales pour délit de favoritisme.

1.3. Le code affirme également comme principe, dès l'article premier, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, protectrice des deniers publics et garantissant l'efficacité de la commande publique

Le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est posé dès l'article 1^{er}; ainsi la règle du choix du « mieux-disant » plutôt que du « moins-disant » est affirmée. Cette règle se décline par diverses mesures dont la suppression de la procédure d'adjudication et l'indication du « critère prix » décliné parmi les autres critères de choix possibles (cf. article 53).

Il convient de se référer à l'article 53-II du code qui énonce certains des critères permettant de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

C'est en ce sens que le code des marchés publics conduit les acheteurs à faire évoluer leur pratique d'achat vers une meilleure efficacité de la commande publique et une meilleure utilisation des deniers publics (Conseil de la Concurrence, avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000).

La définition préalable des besoins (cf. article 5), le respect des obligations de publicité (cf. articles 39 et 40) et de mise en concurrence (cf. articles 32 à 38) participent de ce même objectif.

En conséquence, même si le code ne soumet pas les achats d'un montant inférieur à 90 000 €HT à des procédures formalisées d'achat, ce principe ne fait pas obstacle à ce que l'acheteur public s'entoure de plusieurs avis lui permettant de s'assurer d'une bonne gestion des deniers publics.

Associations et marchés publics

Le but des différents textes appelés à régir la commande publique, n'est pas de soumettre les relations entre collectivités publiques et associations à des règles inadaptées.

1. Il y a marché public lorsque l'administration exprime de son initiative un besoin qui lui est propre et qu'elle demande à un prestataire extérieur de lui fournir les biens ou prestations de nature à satisfaire ce besoin en contrepartie d'un prix. Dès lors, le code des marchés publics, ou la loi Sapin s'il s'agit d'une délégation de service public, trouvent à s'appliquer, quel que soit le statut du fournisseur.

Toutefois, l'article 30 du code des marchés publics permet l'attribution de marchés sans formalités préalables dans plusieurs cas qui intéressent particulièrement les associations : secteur sanitaire et social, insertion professionnelle, services récréatifs culturels et sportifs.

2. En revanche, il y a subvention lorsqu'il s'agit pour une collectivité d'apporter un concours financier aux activités d'une association qui a bâti un projet spécifique. On ne se trouve alors pas dans le cadre d'une relation de marché public. En effet, chaque fois qu'une collectivité décide de participer financièrement, dans une proportion qui peut fortement varier d'un cas à l'autre, à un projet élaboré par une association, et qui répond aux besoins de cette dernière, on se trouve alors dans le domaine de la subvention qui n'appelle pas de mise en concurrence préalable.

Cela reste vrai même si le projet associatif se trouve être un projet d'intérêt général dans un domaine où l'administration pourrait aussi intervenir. De même, l'octroi d'une subvention peut s'accompagner d'un contrat afin que la personne publique convienne avec l'association des objectifs qui justifient une participation financière, prévoient des moyens de contrôle et des échéanciers de versement, sans pour autant donner au contrat passé à cet effet le caractère d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Article 2

I - Les dispositions du présent code s'appliquent :

1° Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;

2° Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret.

II – Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code ; les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics.

L'article 2 du code des marchés publics définit le champ d'application du code, en énumérant les personnes assujetties à ses règles.

Si le champ d'application classique du code est maintenu, il faut noter que, sauf exception, les règles qui s'appliquent à l'Etat et celles s'appliquant aux collectivités territoriales ont été fusionnées.

2.1. Les personnes publiques soumises au code

2.1.1. L'Etat

- Les marchés de l'Etat sont soumis au code des marchés publics, qu'ils soient passés par les services centraux, les services à compétence nationale, ou les services déconcentrés, voire même par des organismes qui, sans posséder la personnalité juridique, disposent d'une certaine autonomie, par exemple les autorités administratives indépendantes.

- Les établissements publics de l'Etat soumis au code sont tous les établissements autres que les établissements publics industriels et commerciaux. Ces établissements comprennent non seulement les établissements publics administratifs, mais encore ceux qualifiés d'établissements publics :

- à caractère culturel (loi du 3 janvier 1975 pour le Centre G. Pompidou) ;

- à caractère scientifique, culturel et professionnel et autres établissements publics d'enseignement supérieur (code de l'éducation) ;

- à caractère scientifique et technologique (loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 modifiée) ;

Ces catégories d'établissements publics ont été regardées par la jurisprudence comme de simples variétés d'établissements publics administratifs.

- Les établissements consulaires tels les chambres de commerce et d'industrie ou les chambres d'agriculture ont été identifiés par le juge comme des établissements publics administratifs rattachés à l'Etat (CE 13 janvier 1995, Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne et CE 9 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres).

Bien que qualifiés d'établissements à « caractère économique » par la loi du 8 août 1994, ils n'en restent pas moins des établissements publics administratifs. Ils sont à ce titre soumis au code des marchés publics.

- Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement. Dès lors qu'un article du code vise l'Etat, il s'applique donc également à ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial.

2.1.2. Les collectivités territoriales

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

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

- Contrairement aux établissements publics de l'Etat, tous les établissements publics des collectivités territoriales sont soumis au code des marchés publics sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial. Par ailleurs, le code s'applique aussi bien à ceux d'entre eux qui ont le statut d'établissement public territorial (structures de coopération intercommunale) qu'à ceux à caractère purement fonctionnel (lycées et collèges, hôpitaux publics, Offices publics d'HLM, Offices publics d'aménagement et de construction, Centres communaux d'action sociale). Il a par ailleurs été jugé que les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales (CE, 13 septembre 1995, FAVIER)

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

Enfin, en vertu de la réglementation qui leur est propre, les établissements publics locaux d'enseignement sont soumis aux règles du code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales.

2.1.3. A l'étranger

Les marchés passés en France et exécutés à l'étranger sont soumis à la loi française et donc au code des marchés publics. En revanche, sauf décision des parties de s'y soumettre volontairement, le code des marchés publics ne s'applique pas aux marchés passés et exécutés à l'étranger.

2.2 Les personnes publiques non soumises au code

Ne sont pas soumis au code les groupements d'intérêt public et les établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial.

Le champ d'application du code n'est pas sur ce point modifié. Le champ d'application organique retenu par l'article 2 du code maintient donc les spécificités qui caractérisent le régime des EPIC nationaux par rapport aux autres structures administratives publiques. Toutefois, au regard du droit communautaire, certains EPIC de l'Etat et certains GIP peuvent être définis comme des pouvoirs adjudicateurs et dans ce cas sont soumis aux directives européennes. En outre, certains EPIC ont choisi de se soumettre volontairement aux principes ou aux règles du code des marchés publics.

Les directives communautaires marchés publics définissent en effet leur champ d'application en recourant à la notion de « pouvoir adjudicateur », qui vise en particulier « [...] tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

- doté de la personnalité juridique

et

- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé des membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

La jurisprudence communautaire a permis de préciser progressivement ces critères de définition des organismes publics qui doivent être regardés comme étant des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives européennes, à savoir : CJCE 15 janvier 1998 Mannesmann ; 10 novembre 1998, Communes d'Arnhem et Rheden ; 3 octobre 2000 University of Cambridge, 1^{er} février 2001 Commission c/ République française.

Cette définition est susceptible d'englober certains EPIC nationaux dans la mesure où il serait établi qu'en réalité leur activité les conduit à « *satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* ». Ceci ne peut être a priori exclu dans la mesure où il est depuis longtemps acquis qu'un EPIC peut gérer des activités de nature administrative.

Toutefois les règles communautaires visent pour l'essentiel la passation des marchés, et non leur exécution ou leur contrôle.

Au surplus, ces organismes qui ne sont pas assujettis au code peuvent, sous réserve que cela soit compatible avec leur réglementation spécifique, s'y soumettre volontairement. Dans ce cas, ils sont tenus d'en respecter les dispositions. Par ailleurs, conformément à l'article 8 du code, si un EPIC participe à un groupement de commandes, il est tenu d'appliquer les règles prévues par le code.

Le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier modifie la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Ce projet vise à soumettre à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence les contrats d'un montant supérieur aux seuils communautaires, passés par un groupement de droit privé formé entre des collectivités publiques ou encore un établissement public à caractère industriel et commercial de l'Etat ou un groupement d'intérêt public, satisfaisant à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et répondant à certaines conditions.

2.3. Le cas des personnes privées

2.3.1. Le principe : les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application du code des marchés publics

Si les personnes privées ne sont pas soumises au code des marchés publics, 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, dite « loi Sapin », indique que les organismes privés d'HLM et les sociétés d'économie mixte sont soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le code des marchés publics, dans des conditions définies par décret en conseil d'Etat. Tel a été l'objet de ses décrets d'application n°93-584 du 26 mars 1993 et n°93-733 du 27 mars 1993.

En outre, des personnes privées peuvent être soumises aux dispositions de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elles remplissent les critères prévus par son article 9 (décret d'application n° 92-311 du 31 mars 1992).

Il en va de même de certaines personnes privées soumises à la loi n°92-1282 du 11 décembre 1992 en raison de leurs activités dans le domaine des transports, de l'énergie, de l'eau (décret d'application n° 93-990 du 10 août 1993).

2.3.2. Les exceptions : certaines personnes privées sont soumises au code par détermination législative ou réglementaire : le cas des mandataires

2.3.2.1. Aux termes de l'article 1984 du code civil, le mandat est défini comme étant « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

2.3.2.2 Sous réserve qu'il ne porte pas atteinte à des règles fixées par la loi ou le règlement (exemple en matière de maniement des fonds publics), un mandat peut exister sans qu'un texte particulier l'ait prévu. Toutefois, plusieurs textes spécifiques ont fait application du mécanisme du mandat dans des domaines susceptibles de donner lieu à la passation de marchés publics.

- Il s'agit tout d'abord de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP).

L'article 3 de cette loi indique ainsi que « le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire [certaines des attributions] de la maîtrise d'ouvrage. »

En dehors même du champ d'application de cette loi, l'application volontaire des mécanismes qu'elle prévoit a été jugée possible (CE 8 avril 1998, Préfet de l'Aube pour un mandat lié à des travaux ne relevant du champ de cette loi mais soumis volontairement à ses dispositions).

- Une autre forme de mandat résulte de l'article R 321-20 du Code de l'urbanisme.

Cet article a notamment pour objet de permettre aux collectivités locales, de confier par convention aux SEM (sociétés d'économie mixte) du Chapitre I du Titre II du livre III du Code de l'Urbanisme, le soin de procéder « en leur nom et pour leur compte à la réalisation d'études ». L'article R 321-20 prévoit par ailleurs que la convention fixe les modalités de financement par la collectivité publique de l'intervention de la SEM. Ce financement peut s'opérer par la mise à disposition des fonds nécessaires, le remboursement des dépenses exposées, ou l'habilitation à solliciter et percevoir directement les subventions ou les prêts susceptibles d'être accordés.

- On peut également citer le mandat prévu pour l'achat d'espaces publicitaires par 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.

Aux termes de l'article 20 de cette loi, « tout achat d'espace publicitaire ou de prestation ayant pour objet l'édition ou la distribution d'imprimés publicitaires ne peut être réalisé par un intermédiaire que pour le compte d'un annonceur et dans le cadre d'un contrat écrit de mandat. »

2.3.2.3. Les marchés passés en exécution de ce mandat par le mandataire d'une collectivité soumise au code sont assujettis aux dispositions de ce code.

En effet, aux termes de l'article 2 du code des marchés publics : « les dispositions du présent code s'appliquent [...] aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret ».

Ce principe reprend la jurisprudence résultant de plusieurs décisions (CE, 28 juillet 1995, Préfet de la région d'Île-de-France, six arrêts), relevant que les dispositions du code des marchés publics « sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités locales ».

Cette jurisprudence a été explicitée par un avis récent sur le mandat institué par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Le Conseil d'Etat a ainsi clairement posé le principe de la soumission des achats réalisés en exécution d'un mandat aux règles applicables au mandant. Cette solution est fondée sur « le principe de représentation du mandant par le mandataire », dont se déduit le principe selon lequel « les règles à appliquer sont celles auxquelles est soumis le mandant et non le mandataire » (CE, Section des Finances, avis du 22 janvier 1998). Le principe de représentation apparaît comme un des principes fondamentaux du régime des mandats tel qu'il résulte du code civil, et n'est donc pas spécifique au mandat de la loi MOP du 12 juillet 1985.

Par ailleurs, la portée de ce principe ne se limite pas aux seules règles de passation. L'avis précité a d'ailleurs été rendu au sujet du contrôle financier, du contrôle des commissions spécialisées des marchés ainsi que du contrôle de légalité. L'ensemble des règles découlant du code des marchés doit donc être considéré comme applicable aux marchés passés par le mandataire d'une collectivité soumise à ce code.

Cette solution a été confirmée également en dehors du champ d'application de la loi de 1985 (CE, 8 avril 1998, Préfet de l'Aube, pour un mandat conclu en dehors du champ d'application de la loi du 12 juillet 1985 ; CAA Nantes, 16 juin 1994, S.A. SADE pour le cas où une SEM, en application du mandat de l'article R 321-20 du code de l'urbanisme, confie à une entreprise tierce le soin de réaliser les études, le marché passé par la SEM avec l'entreprise sera considéré comme un marché public).

2.3.2.4. Pour mémoire, il convient de rappeler que les contrats de mandat, qui lient la personne publique au mandataire, échappent au code des marchés publics (cf. article 3, commentaire au point 3.3).

Article 3

Les dispositions du présent code ne sont pas applicables :

1° Aux contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ;

2° Aux contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, lorsque la personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité ;

3° Aux contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens, sauf s'ils comportent des clauses relatives au financement du prix ;

4° Aux contrats qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes avec des organismes de radiodiffusion, ou l'achat de temps de diffusion ;

5° Aux contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services rendus par la Banque de France ou le Système européen de Banques centrales ;

6° Aux contrats relatifs à des programmes de recherche-développement auxquels une personne publique contribue sans les financer intégralement ni en acquérir complètement les résultats ;

7° Aux contrats de mandat ;

8° Aux contrats relatifs à des fournitures, des travaux ou des services conclus pour le compte d'une organisation internationale ;

9° Aux contrats relatifs à des fournitures, des travaux ou des services conclus pour l'application d'un accord international concernant le stationnement de troupes ;

10° Aux contrats relatifs à des fournitures, des travaux ou des services conclus pour l'application d'un accord international passé entre la France et un ou plusieurs pays tiers en vue de la réalisation ou de l'exploitation d'un projet ou d'un ouvrage ;

11° Aux contrats qui ont pour objet l'achat d'œuvres d'art ou d'objets anciens ou de collection.

L'article 3 énumère les contrats qui ne sont pas soumis au code des marchés publics. La plupart de ces exclusions figuraient déjà dans l'ancien code des marchés publics au livre V relatif à la réglementation d'origine communautaire. Certaines sont nouvelles et d'autres ont été supprimées.

Les exclusions qui ont été reprises avec une rédaction nouvelle sont indiquées au 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 9° et 10° de l'article 3. Elles sont justifiées par la spécificité de leur objet.

Les exclusions nouvelles sont indiquées au 1° de l'article 3 et concernent les contrats de prestations intégrées, également désignés contrats « in house » ainsi qu'au 11° de l'article 3.

Des exclusions de l'ancien code ne figurent plus dans la liste. Il s'agit notamment :

- des contrats relatifs à la téléphonie et aux télécommunications qui entrent naturellement dans le champ d'application du code des marchés, suite à l'ouverture à la concurrence de ce secteur ;
- des contrats qui ont pour objet l'arbitrage ou la conciliation ;
- des contrats de travail, qui ne peuvent jamais être qualifiés de marchés.

Les exclusions qui sont définies à l'article 3 peuvent être classées en 4 catégories :

3.1. Les situations d'exclusivité dans les relations entre les contractants

Ces exclusions, au nombre de deux, sont précisées aux 1° et 2° de l'article 3.

3.1.1. Le 1° de l'article 3 concerne les contrats de prestations intégrées, également désignés contrats « in house »

La rédaction du 1° de l'article 3 traduit la jurisprudence communautaire récente (Cour de justice des communautés européennes, 18 novembre 1999, Teckal).

Le 1° de l'article 3 vise à exclure de l'application du code les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus par une personne publique avec une entité qui peut être regardée comme son prolongement administratif.

Tel est le cas lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : l'acheteur public dispose d'un pouvoir de contrôle étroit sur son cocontractant et l'activité de celui-ci est principalement consacrée à l'acheteur public. Ce peut être la situation notamment, de certains établissements ou de certaines filiales d'organismes publics ou encore entre une collectivité territoriale et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle.

On peut également penser qu'un service d'une administration de l'Etat auquel, pour des raisons de commodité ou de fonctionnement, on choisit de donner l'autonomie juridique sans rien changer à sa mission et à son mode de fonctionnement, rentre dans cette hypothèse.

Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire ARGE Gewässerchutz (CJCE, 7 décembre 2000) permettent d'éclairer les conditions qui doivent être réunies.

3.1.1.1. Le contrôle du pouvoir adjudicateur

Pour qu'un contrat échappe aux règles du code, il convient d'établir que la collectivité exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Dès lors que le pouvoir adjudicateur jouit, à l'égard d'un prestataire, d'un pouvoir de contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, les missions qu'il est susceptible de lui confier ne seront pas traitées autrement que si elles avaient été simplement déléguées en son sein. La capacité de la collectivité à peser sur le fonctionnement du prestataire et l'absence d'autonomie qui en découle pour ce dernier privent de tout intérêt le recours à une mise en concurrence préalable.

Pour évaluer le degré d'autonomie, il est notamment possible de vérifier le nombre et la nature des postes détenus par des représentants d'opérateurs privés dans les organes de décision de cet organisme et de dire dans quelle mesure les pouvoirs ainsi répartis ont une incidence sur les orientations économiques prises. D'autres critères sont également envisageables. En revanche, une simple relation de tutelle ne suffit pas.

D'autres constatations doivent être opérées. Car la qualification de prestations « in house » qui peut être conférée à l'activité des entités en cause n'est pas uniquement conditionnée par cet élément. Le seul constat d'une dépendance structurelle à l'égard de la collectivité publique qui entreprend de passer un marché public ne suffit pas à faire des prestations qu'elles fournissent des prestations comparables à celles dont disposeraient ces autorités en recourant à leurs propres ressources internes. C'est pourquoi, il convient également de prendre en considération le destinataire de l'activité économique exercée par ces entités.

3.1.1.2. Le destinataire de l'activité du prestataire

Il ressort de l'arrêt Teckal, de la CJCE du 18 novembre 1999, qu'une convention ne peut être considérée comme ayant été conclue entre des personnes distinctes lorsque l'opérateur réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui le détiennent. Le principe énoncé dans cet arrêt est fondé sur le critère de l'autonomie de l'opérateur. Mais une entité n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont prises par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs.

En revanche, elle doit être considérée comme totalement liée à son autorité de tutelle lorsque le rapport organique qui l'unit à elle se double d'une quasi-exclusivité, au profit de cette dernière, des prestations qu'elle fournit. Cette situation témoigne d'une volonté de la collectivité non seulement d'utiliser les prestations à des fins publiques, mais également de les destiner principalement à son profit. En conséquence, si le prestataire exerce des activités commerciales, le code redevient applicable, à moins que celles-ci n'occupent une place marginale dans l'ensemble de son activité.

C'est seulement si ces deux conditions sont réunies, contrôle sur la personne analogue à celui que la collectivité exerce sur ses propres services et réalisation de l'essentiel de l'activité du cocontractant avec la

collectivité, que l'idée d'un prolongement administratif de la collectivité publique dispense d'observer les règles de concurrence prescrites dans le code.

S'agissant d'une jurisprudence récente, les contrats de prestations intégrées, dits « in house » ont connu dans l'immédiat peu d'application. Cette exclusion s'appliquera sous le contrôle du juge.

3.1.1.3. Le co-contractant qui se trouverait dans la situation ci-dessus décrite doit lui-même appliquer le code des marchés publics pour « répondre à ses besoins propres », c'est à dire qu'il appliquera le code pour la totalité de ses achats et pas seulement pour ceux qui sont liés au contrat de prestations intégrées.

3.1.2. Le 2° de l'article 3 concerne les droits exclusifs

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services et trouve son fondement dans le droit communautaire.

L'article 6 de la directive 92/50 relative aux marchés de services dispose que les obligations de mise en concurrence prévues par ce texte ne s'appliquent pas « aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ».

Les conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt du Conseil d'Etat (Section du contentieux) Communauté de communes de Piémont de Barr du 20 mai 1998, précisent la définition de droits exclusifs, qui n'est pas identique à celle du monopole. En effet, elle rejoint la définition du monopole légal (existence liée à un texte législatif ou réglementaire), mais elle est différente de la notion de monopole de fait ou économique ou du monopole de nature contractuelle.

Il s'agit, en l'espèce, d'un droit d'approvisionnement exclusif de l'acheteur public.

Pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une certaine personne préalablement à toute relation contractuelle. Dans ce cas, le contrat qui a pour objet soit la délégation effective de cette activité à cette personne sur la base de cet acte de puissance publique, soit d'en fixer les modalités, doit être regardé comme étant passé sur la base de droits exclusifs.

Cet acte de puissance publique peut prendre la forme d'une loi ou d'un règlement. L'existence de droits exclusifs ne peut en revanche découler du contrat lui-même ou des actes administratifs détachables de ce contrat : les droits exclusifs doivent avoir été conférés à l'entité en cause avant l'engagement de la procédure contractuelle. De même, une collectivité territoriale ou un établissement public ne sauraient accorder par simple délibération un droit exclusif à un prestataire, sauf si un texte de loi ou un décret les y a expressément autorisés.

Appliqué, en l'espèce, au cas des relations entre une communauté de communes et un syndicat intercommunal, ce raisonnement a conduit le commissaire du gouvernement à proposer de juger que si l'assainissement avait appartenu aux compétences obligatoires du syndicat mixte, ce dernier aurait détenu un droit exclusif dans ce domaine justifiant que le contrat éventuellement passé entre les deux collectivités publiques pour la mise en œuvre de cette compétence ne soit pas soumis aux règles de concurrence prévues par la directive services. Mais, soulignait-il, dès lors que l'assainissement relevait de la compétence facultative du syndicat, le choix fait par la communauté de communes de confier au syndicat la gestion de son réseau d'assainissement n'avait pas eu pour effet de conférer au syndicat une compétence exclusive dans ce domaine : ni le contrat lui-même, ni l'acte détachable par lequel il a été décidé de contracter ne peuvent être pris en compte pour la reconnaissance de droits exclusifs dans le cadre de l'article 6 de la directive services.

Il faut en outre que l'acte qui attribue des droits exclusifs soit compatible, d'une part, avec le traité de Rome (CE 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance), et d'autre part, avec les règles du droit de la concurrence (CE 7 juillet 2000, Fédération française des sociétés d'assurance).

En conséquence, il doit être accordé en vue d'accomplir une mission de service d'intérêt général qui justifie l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question. Par ailleurs, s'il crée une position dominante sur le marché de services en cause au sens de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne et au sens de l'article L 420-2 du code de commerce, il ne doit pas amener le bénéficiaire à en abuser. Enfin, le contenu, la durée et le territoire concerné doivent être précisément définis.

3.2. Les exclusions qui concernent des contrats passés dans des domaines sectoriels.

- *3° de l'article 3* : « les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens, sauf s'ils comportent des clauses relatives au financement du prix ». Ce dernier élément de phrase concerne notamment les contrats de crédit-bail qui demeurent soumis au code des marchés publics, même s'ils sont liés à des contrats d'achat ou de location immobilière.

- *4° de l'article 3* : « les contrats qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes avec des organismes de radiodiffusion, ou l'achat de temps de diffusion ». La notion d'organisme de radiodiffusion visée à cet article doit être entendue comme concernant aussi bien les organismes de radiodiffusion sonore que télévisuelle.

- *5° de l'article 3* : « les contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services rendus par la Banque de France ou le Système européen de Banques centrales »

- *6° de l'article 3* : « les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement auxquels une personne publique contribue sans les financer intégralement ni en acquérir complètement les résultats ».

Cette exclusion écarte l'application du code dans le cas où l'administration se borne à co-financer un projet de recherche et développement qui ne répond pas à l'un de ses besoins propres et dont elle n'acquiert pas complètement les résultats.

Comme toute exclusion, cette disposition doit s'entendre de façon étroite. En effet, trois conditions cumulatives doivent être réunies : l'objet du contrat, l'existence d'un co-financement émanant de la personne publique ainsi que l'absence de propriété intégrale des résultats.

Elle ne saurait s'appliquer qu'à des programmes qui portent véritablement sur des opérations de recherche et développement, sans prolongements industriels directs. Les simples marchés d'études n'entrent évidemment pas dans cette catégorie.

- *11° de l'article 3* : « les contrats d'achat d'œuvres d'art, ou d'objets anciens ou de collection ».

Cette exclusion se justifie par l'objet même de ces contrats, dont la nature ne saurait s'adapter ni aux procédures de passation, ni aux règles d'exécution du code des marchés publics.

Pour ce qui concerne les œuvres d'art, sont exclus de l'application du code, aussi bien les contrats par lesquels la personne publique acquiert une œuvre déjà existante que ceux par lesquels elle fait réaliser une œuvre plastique.

Pour ce qui concerne l'acquisition d'œuvres d'art existantes, d'objets anciens ou de collection, il n'existe aucune définition générale des biens visés. Pour les désigner, on emploie plus communément aujourd'hui le terme de biens culturels.

Il n'existe aucune définition générale des objets visés au 11° de l'article 3. Pour les désigner, on emploie plus communément aujourd'hui le terme de biens culturels.

Les textes énumérés ci-dessous comportent des éléments d'identification, mais il s'agit de définitions ponctuelles et partielles adaptées aux objectifs de chacune des législations concernées.

S'il peut être utile de s'y référer, il est néanmoins indispensable d'exercer un regard critique quant à leur application et leur interprétation dans le domaine des marchés publics. Par exemple l'annexe du décret du 29 janvier 1993 mentionne des seuils financiers et des conditions d'ancienneté, qui n'ont de sens qu'au regard de l'exportation des biens culturels, ce qui ne peut conduire à ne pas considérer comme culturels des biens qui le sont par nature, mais qui seraient de moindre importance en valeur ou en ancienneté.

On citera :

- Loi 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives ;
- Article L.112-2 (5° à 12°) du code de la propriété intellectuelle ;
- Annexe du décret 93-124 du 29 janvier 1993 relatif aux biens culturels soumis à certaines restrictions de circulation ;
- Décret du 18 mars 1924 portant règlement d'administration publique pour l'application des articles 36 et 37 de la loi de finances du 31 décembre 1921 relatifs à la vente publique des œuvres d'art (ce texte est en cours de modification par le projet de décret d'application de la loi du 10 juillet 2000 « pris en application des articles L.321-1 à L. 321-38 du code de commerce et relatif aux ventes volontaires de meubles aux enchères publiques) ;
- Annexe III au code général des impôts, article 98A, II et III, reprenant l'annexe I de la sixième directive TVA.

3.3. L'exclusion des contrats de mandat

Les spécificités du principe de représentation et le rôle particulier du mandataire qui donne au mandat un caractère *intuitu personae* ont conduit à l'exclusion du contrat de mandat.

Le mandataire « devient » la personne publique et dispose, à ce titre, de ses prérogatives de puissance publique. Ce caractère *intuitu personae* du mandat et les spécificités du principe de représentation ne permettent pas d'assimiler purement et simplement un tel contrat à un simple achat de prestations de services à titre onéreux.

Différents exemples de mandats ont été donnés plus haut : cf. point 2.3.2.

3.4. Les exclusions qui concernent les opérations transfrontalières

Ces exclusions, classiques, sont définies aux 8°, 9° et 10° de l'article 3.

Article 4

Dans les cas d'application des dispositions du titre Ier de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, un décret particulier remplace, si besoin est, pour les marchés passés par les services de la défense, les dispositions du présent code.

En cas de menace portant notamment sur une partie du territoire, sur un secteur de la vie nationale ou sur une fraction de la population et en application des dispositions combinées des articles 6 et 5 de l'ordonnance citée dans l'article commenté, des décrets pris en conseil des ministres peuvent ouvrir au Gouvernement tout ou partie des droits suivants :

- le droit de requérir les personnes, les biens ou les services ;
- le droit de soumettre à contrôle et à répartition les ressources en énergie, matières premières, produits industriels et produits nécessaires au ravitaillement et, à cet effet, d'imposer aux personnes physiques ou morales, en leurs biens, les sujétions indispensables.

TITRE II – DISPOSITIONS GENERALES

Chapitre I– Détermination des besoins à satisfaire

Article 5

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

5.1. Importance de la définition des besoins

On ne saurait trop insister sur l'importance de la définition des besoins de la personne publique. Ceux-ci doivent être identifiés avec précision en amont par les services utilisateurs. Cette phase préalable est essentielle, car le choix de la procédure et sa réussite dépendent de leur identification. Il convient donc de prendre le temps nécessaire pour une bonne appréciation de ces besoins.

Une parfaite évaluation des besoins n'est pas seulement une exigence juridique mais également une condition essentielle pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques.

Le marché ne peut avoir d'autre objet que de répondre exactement aux besoins de la personne publique.

Par besoins de la personne publique, on entend bien évidemment non seulement les besoins liés à son fonctionnement propre (exemple des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également tout le champ des besoins liés à son activité d'intérêt général et qui la conduisent à fournir des prestations à des tiers (transport scolaire par exemple).

Dans certains cas, l'étendue des besoins peut fortement varier suivant la durée de la période retenue et suivant le nombre de services auxquels la prestation est destinée. A cet égard, les marchés fractionnés (article 72) constituent un mode de contrat permettant de pallier les difficultés résultant de l'impossibilité, soit d'évaluer avec précision le volume ou le rythme des besoins à satisfaire lors de la conclusion du marché, soit de s'engager fermement sur la totalité de la prestation envisagée. Cependant, l'incertitude ne peut en aucun cas porter sur la définition même des besoins.

La bonne utilisation des deniers publics doit inciter les acheteurs à définir clairement leurs besoins, y compris lorsqu'ils envisagent, dans le respect des dispositions du code, de passer des marchés sans formalités préalables ou soumis à des modalités de passation allégées.

Dans le cadre de l'application de la loi MOP du 12 juillet 1985, le maître d'ouvrage a l'obligation en matière de constructions neuves comme en matière de réhabilitation ou de réutilisation d'exprimer son besoin en arrêtant le programme et l'enveloppe financière prévisionnelle de son opération.

5.2. La nécessité de professionnaliser l'achat public

La personne responsable du marché est invitée à se faire assister dans sa tâche par un véritable « service acheteur ». Ce service aura pour mission de prendre en compte les besoins exprimés par les services utilisateurs, de les évaluer et de les traduire dans les documents relatifs aux marchés à passer ; il sera amené à participer non seulement à la préparation des documents nécessaires aux différentes étapes de la passation du marché (avis de publicité, règlement de la consultation, lettre de consultation le cas échéant, cahier des charges, ...) mais également à la définition préalable des éléments qui permettront, lors du processus de mise en concurrence et sur la base de critères objectifs adaptés à l'objet du marché, la sélection des candidats et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour aider l'acheteur public, un nouvel outil est disponible : la certification ISO des marchés publics.

Le recours à la certification ISO des procédures de marchés peut être utilisé afin de garantir la transparence et la régularité des passations, depuis le stade de la définition des besoins jusqu'à celui de l'attribution du marché. Cette démarche volontaire vise à concilier qualité et transparence, dont le niveau sera reconnu et concrétisé par un organisme extérieur à l'administration.

Afin de faire cohabiter exigences opérationnelles et juridiques, les personnes publiques peuvent soumettre leur processus d'achat à une démarche qualité, allant selon le cas de la tenue de simples réunions de planification des procédures à la description précise de processus de marchés.

Ces démarches qualité peuvent aboutir à la certification ISO des procédures d'achat public. Appliquée aux marchés publics, cette certification vise à prendre en compte simultanément trois exigences : régularité juridique, efficacité organisationnelle et économique en vue de la satisfaction de l'ensemble des acteurs concernés.

Selon son champ d'application, cette certification inclut l'identification, la définition, l'évaluation systématiques des besoins de la collectivité à l'occasion des phases d'élaboration, de passation et d'exécution des marchés publics, en vue de leur amélioration continue.

Ainsi mise en œuvre, la certification aboutit notamment à garantir la conformité et la régularité des procédures d'achats aux règles du code des marchés publics et à professionnaliser les services opérationnels en les incitant à cerner et planifier les besoins et les procédures susceptibles d'y répondre.

Chapitre II – Définition des prestations

Article 6

Pour les marchés autres que ceux qui sont mentionnés aux articles 28, 29 et 31 les prestations qui font l'objet du marché sont définies par référence aux normes homologuées, ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux, dans les conditions et avec les dérogations prévues par le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation.

La référence à des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

6.1. Obligation de référence aux normes

Le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 modifié fixe le statut de la normalisation, en vue d'une meilleure intégration de la normalisation dans le contexte industriel et économique.

Alors qu'en règle générale, les normes sont d'application volontaire, l'article 13 du décret précité a rendu la référence aux normes homologuées ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux obligatoire pour tous les marchés publics, sous réserve des exceptions suivantes :

- marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant inférieur à 90 000 €HT (article 28 du code) ;
- marchés passés sans formalités pour les achats de denrées alimentaires périssables sur foires et marchés ou sur les lieux de production dont le montant est inférieur au seuil de l'appel d'offres (article 29 du code) ;
- marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application des dispositions relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques (article 31 du code).

Le principe est donc l'obligation de faire figurer dans les documents généraux ou les cahiers des charges propres à chaque marché public, les spécifications techniques qu'il est nécessaire de respecter.

La circulaire du 4 juillet 1986 modifiée par celle du 5 juillet 1994, publiée au Journal officiel du 26 août 1994, relative à la référence aux normes dans les marchés publics et les contrats soumis à certaines procédures communautaires, rappelle les principales règles applicables en la matière, résumées ci-après.

6.2. Détermination des normes à appliquer

Pour l'établissement de ces spécifications techniques, il y a obligation de mentionner, lorsqu'elles existent, par ordre de priorité décroissant les références des normes suivantes :

- les normes nationales homologuées qui transposent les normes européennes ;
- les agréments techniques (par exemple, dans le secteur de la construction) ;
- les spécifications techniques communes (par exemple, dans le secteur des télécommunications) ;
- les normes internationales transposées ;
- les normes nationales homologuées (ne transposant pas de normes européennes).

Dès lors qu'une norme a été homologuée par l'Association française de normalisation (AFNOR), l'acheteur public doit veiller à l'appliquer.

Le recours aux normes internationales ou nationales ne peut avoir lieu que s'il n'existe pas de normes européennes sur le sujet donné.

Chaque année, l'AFNOR publie un catalogue des normes homologuées existantes ; il est recommandé à l'acheteur public de se le procurer ou de le consulter auprès de l'AFNOR, des délégations régionales ou centres associés, membres du réseau de consultation des normes françaises homologuées.

6.3. Dérogation à l'obligation de référence aux normes homologuées

Il peut arriver que la référence aux normes homologuées ne paraisse pas possible à un acheteur public, soit en raison d'un besoin spécifique, soit en présence de produits innovants ne ressortissant pas totalement à la normalisation, soit enfin du fait d'une norme en retard sur l'état de la technique et non encore révisée. Dans ce cas, il existe une procédure de dérogation définie aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 18 du décret du 26 janvier 1984 modifié.

Ainsi, il peut être dérogé à l'obligation de référence aux normes dans les cas suivant :

- lorsque le caractère innovant du projet rend inapproprié le strict respect des normes ;
- lorsqu'il y a nécessité d'assurer la continuité opérationnelle d'un système existant afin de préserver l'homogénéité d'un parc ;
- lorsqu'il n'y a pas de moyen de vérifier de façon satisfaisante la conformité à la norme (absence de méthodes d'essais) ;
- lorsque le marché porte sur des armes, des munitions ou du matériel de guerre ;
- dans les contrats relevant des activités de réseaux, lorsque les normes européennes sont impropres à l'application particulière envisagée ou ne tiennent pas compte des développements techniques survenus depuis leur adoption.

L'AFNOR doit être avisée de cette dérogation.

6.4. Respect des règles de concurrence

La référence aux normes ne doit pas aboutir à une distorsion de la concurrence.

Lors de la consultation des fournisseurs ou entrepreneurs, les données techniques du marché ne doivent ni restreindre, ni fausser la concurrence.

Les spécifications doivent être "neutres", c'est-à-dire ne pas imposer le choix du titulaire du marché. Les choix doivent être justifiés par des raisons purement techniques ou de sécurité.

La référence à une marque n'est en principe pas admise.

Le décret précité prévoit ainsi explicitement que « les clauses, spécifications techniques et cahiers des charges des marchés [...] ne peuvent mentionner des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers à certaines entreprises, et ne peuvent se référer à des brevets ou types, indications d'origine ou de provenance, marques [...], sauf lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché [...] sans ces références. Dans ce dernier cas, de telles références sont autorisées lorsqu'elles sont accompagnées de la mention « ou équivalent ». »

Par ailleurs, s'il n'existe pas de norme européenne, l'acheteur public se réfère aux normes nationales, mais en mentionnant dans le cahier des charges : « ou autres normes reconnues équivalentes ».

Dans ce cas, le candidat étranger peut apporter la preuve que les normes étrangères utilisées sont équivalentes aux normes citées dans le cahier des charges. Pour prouver cette équivalence, il a la possibilité de produire un document attestant une reconnaissance entre les instituts nationaux de normalisation ou entre les autorités administratives compétentes, ou d'établir un document comparatif des exigences des deux normes et assurer qu'il a répondu aux éventuels écarts, garantissant que le niveau de qualité atteint est identique au regard de la norme citée dans le cahier des charges.

Chapitre III - Coordination et groupement de commandes

Article 7

Au sein d'une personne publique, les services qui disposent d'un budget propre peuvent coordonner la passation de leurs marchés. A cette fin, un service centralisateur est désigné.

Le service centralisateur peut passer un marché, dans le cadre duquel les autres services émettent des bons de commandes.

Il peut aussi conclure une convention fixant le prix des prestations à réaliser et un marché type qui définit les prescriptions administratives et techniques à respecter ; chaque service passe ensuite son propre marché, aux conditions prévues par la convention de prix et le marché type. Les règles applicables à la passation des marchés types et conventions de prix sont celles qui sont prévues par le titre III du présent code pour la passation des marchés.

Le code ouvre la possibilité à une personne publique de coordonner les achats de ses services. Ce mécanisme est le pendant, au sein d'une même personne publique, de celui du groupement de commandes qui concerne la coordination des achats de plusieurs personnes distinctes.

7.1. Les services concernés

Sont concernées les diverses personnes responsables des marchés relevant d'une même personne publique. La notion de personne responsable du marché est définie à l'article 20.

En conséquence, les services disposant d'une autonomie budgétaire, d'un « budget propre » au sein d'une même personne publique peuvent coordonner leurs achats, sans que la notion de budget ne soit prise au sens précis du droit budgétaire.

L'Etat étant une même personne morale, les dispositions de l'article 7 permettent notamment, aux services ou aux directions d'un même ministère voir de plusieurs ministères de se coordonner pour passer leurs achats. Ceci vaut également pour les établissements publics de l'Etat.

7.2. L'organisation de la coordination

Elle implique la désignation d'un service centralisateur soit par les services qui décident de se grouper, soit par l'acte (le plus souvent un arrêté) qui attribue la qualité de personne responsable des marchés.

Une seule personne responsable des marchés a la charge d'organiser la procédure de marché pour l'ensemble des services. C'est la personne responsable des marchés du service coordonnateur qui aura la charge d'organiser la procédure de marché pour l'ensemble des services dont il coordonne les achats.

7.3. La définition des besoins

Elle est réalisée selon des modalités différentes pour les deux hypothèses envisagées à l'article 7.

Dans le cas où le service centralisateur passe un marché dans le cadre duquel les autres services émettent des bons de commande, il appartient au service centralisateur d'apprécier le besoin global des services qui seront habilités à émettre des bons de commande.

Dans le second cas où le service centralisateur conclut une convention de prix dans le cadre de laquelle chaque service dont les achats sont coordonnés passe un marché type, les différents services coordonnés devront avoir au préalable défini et indiqué leurs besoins afin de permettre au service centralisateur d'évaluer l'économie générale du marché à passer. La procédure est alors lancée sur la base des besoins des services coordonnés..

7.4. Les deux procédures d'achats coordonnés

Le service centralisateur a donc le choix entre deux formules.

7.4.1. La passation de plusieurs marchés

Cette procédure n'est concevable que si la coordination concerne plusieurs personnes responsables des marchés, chacune passant au terme de la procédure un marché pour ce qui la concerne.

7.4.2. La passation d'un seul marché

Dans ce cas, chaque service coordonné émet des bons de commande au sein d'un marché unique passé par le coordonnateur.

7.4.3. Le choix entre ces deux procédures

Il doit s'opérer préalablement, en même temps que la désignation du service centralisateur.

Il convient en effet que les questions de compétence pour la passation et l'exécution du marché soient clairement et préalablement réglées, que la solution retenue soit qu'une seule autorité ait compétence pour passer le marché et que les autres soient habilitées à émettre des bons de commande dans le cadre du marché qu'elle a passé, ou que plusieurs autorités soient habilitées à passer des marchés distincts.

7.5. Le marché coordonné unique à bons de commande (passation d'un seul marché)

Il suit les règles de l'article 72 relatif aux marchés fractionnés.

Le marché doit indiquer expressément les services habilités à émettre des bons de commande dans le cadre du marché.

Le service centralisateur doit réaliser une estimation des besoins des services dont il assure la coordination et fixer le minimum et le maximum du marché dans le cadre duquel seront émis les bons de commande. En tout état de cause, il appartient au service centralisateur de suivre très précisément l'évolution de l'émission de ces bons de commande par les services afin de veiller à ce que les caractéristiques en montant ou en quantités prévues par le marché soient respectées (minimum et maximum en particulier).

S'agissant des marchés qui peuvent être passés sans minimum ni maximum (2°, éventuellement 3°, et 4° du I de l'article 72), chaque service doit exprimer le plus précisément possible la nature de ses besoins, le montant global du marché unique faisant l'objet d'une estimation. La procédure est choisie en fonction du maximum estimé du marché.

7.6. Convention de prix et marché-type (coordination des achats conduisant à la passation de plusieurs marchés)

7.6.1. Etablissement d'une convention de prix et d'un marché-type

Le service centralisateur conclut une convention de prix et un marché-type, documents spécifiques à la procédure de coordination des achats.

La procédure de passation des conventions de prix et des marchés-type suit les règles de passation des marchés publics. Elle est choisie en prenant en compte le montant estimé des besoins de tous les services coordonnés.

L'utilisation du marché à bons de commande de l'article 72 est possible. La somme des montants des marchés-types passés par les services coordonnés doit s'inscrire dans le cadre des montants minimum et maximum globaux indiqués dans la convention de prix. La procédure est choisie en fonction du montant maximum de la convention de prix.

S'agissant des marchés passés sans minimum ni maximum (2°, éventuellement 3°, et 4° du I de l'article 72), chaque service doit exprimer le plus précisément possible la nature de ses besoins, le montant global de la convention de prix faisant l'objet d'une estimation. La procédure est choisie en fonction du maximum estimé du marché.

Dans la procédure de marché, le cahier des charges prend la forme d'un marché-type, afin de permettre son adaptation aux différents marchés qui seront passés par chaque service coordonné. Le marché-type vise ainsi à fixer les prescriptions techniques et administratives qui seront communes à tous les marchés passés par les services coordonnés.

L'offre de prix des candidats prend la forme d'une convention de prix, c'est-à-dire d'un engagement du titulaire sur le prix des différentes prestations qui feront l'objet des différents marchés. La convention de prix fixe ainsi, pour une prestation ou un ensemble de prestations, et pour une période définie, les conditions de détermination du prix en suivant les règles fixées aux articles 16 et suivants, ce qui inclut notamment la prise en compte de la variation des conditions économiques dans les conditions prévues par le décret mentionné à l'article 17.

Ces deux documents, marché-type et convention de prix, sont des actes très importants qui engagent le titulaire et l'administration contractante.

7.6.2. Passation du marché

Chaque service coordonné conclut avec le titulaire retenu (ou les titulaires dans les cas où cette possibilité est prévue), en application de la convention de prix et du marché type, un marché correspondant à ses besoins

propres. Il est lié par les besoins qu'il a définis, qui ont été pris en compte pour la sélection du titulaire du marché et qui devront être précisés dans le marché que le service va conclure.

Chaque service précise en conséquence le marché-type, en indiquant les prestations objet du marché, afin d'obtenir un cahier des charges clair. Les prix du marché sont repris de la convention de prix.

La passation de chaque marché coordonné doit être une simple application des conditions générales définies dans le marché-type et dans la convention de prix. Elle ne peut pas donner lieu à modification ni à renégociation des conditions, notamment de prix ou de durée, définies dans la convention de prix.

Le marché type ne peut en conséquence se poursuivre au-delà de la limite de validité de la convention de prix.

Article 8

I - Des groupements de commandes peuvent être constitués :

1° Soit par des services de l'État et des établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ou par de tels établissements publics seuls ;

2° Soit par des collectivités territoriales, par des établissements publics locaux, ou par des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ;

3° Soit à la fois par des personnes publiques mentionnées aux 1° ou 2° ci-dessus.

Des personnes privées, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial et des groupements d'intérêt public peuvent participer à ces groupements à condition d'appliquer les règles prévues par le présent code.

II - Une convention constitutive est signée par les membres du groupement.

Elle définit les modalités de fonctionnement du groupement.

Elle désigne un des membres du groupement comme coordonnateur, chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un cocontractant. Les personnes mentionnées au quatrième alinéa du I ne peuvent exercer la fonction de coordonnateur.

Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés.

III - Sont membres de la commission d'appel d'offres du groupement :

1° En ce qui concerne les personnes mentionnées au 1° du I, la personne responsable du marché, telle que définie à l'article 20 du présent code, de chaque membre du groupement ;

2° En ce qui concerne les personnes mentionnées au 2° du I, un représentant de la commission d'appel d'offres de chaque membre du groupement, élu parmi ses membres ayant voix délibérative ;

3° En ce qui concerne les personnes mentionnées au quatrième alinéa du I, un représentant de chaque membre du groupement désigné selon les règles qui lui sont propres.

La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur.

IV - Pour les marchés des groupements mentionnés au 1° du I, la personne responsable du marché

du coordonnateur choisit le cocontractant après avis de la commission d'appel d'offres, dans les conditions fixées par le présent code pour les marchés de l'État.

Pour les marchés des groupements mentionnés aux 2° et 3° du I, la commission d'appel d'offres choisit le cocontractant dans les conditions fixées par le présent code pour les marchés des collectivités locales.

V - La personne responsable du marché de chaque membre du groupement, pour ce qui la concerne, signe le marché et s'assure de sa bonne exécution.

VI - La convention constitutive du groupement peut également avoir prévu que le coordonnateur sera mandaté pour signer et exécuter le marché au nom de l'ensemble des membres du groupement. Dans ce cas, la commission d'appel d'offres est celle du coordonnateur.

Les groupements de commandes ont pour but la coordination et le regroupement des achats de plusieurs acheteurs. Ils visent ainsi tout à la fois à permettre des effets d'économie d'échelle, et une mutualisation des procédures de passation des marchés.

Il est à noter que cette procédure n'est pas réservée à un type donné de prestations, et peut donc concerner tous les types de marchés. Elle est particulièrement adaptée au domaine des fournitures courantes.

Les règles de création et de fonctionnement de ces groupements font l'objet d'une refonte en profondeur qui, par rapport au code précédent, facilite leur formation. Les points principaux du régime des groupements de commande sont désormais les suivants.

8.1. Les règles de composition

Le code permet l'ouverture la plus large possible des groupements.

8.1.1. Les groupements de commandes entre personnes morales soumises au code des marchés publics

Des groupements sont possibles évidemment entre les personnes publiques soumises au code, qu'il s'agisse des services de l'État, de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux.

Les groupements peuvent être constitués par une seule de ces catégories de personnes, ou par des personnes relevant de plusieurs catégories. Toutes les combinaisons sont concevables.

8.1.2. Les groupements de commande avec des personnes ne relevant pas du code des marchés publics

Peuvent aussi faire partie de groupements avec des personnes publiques soumises au code, des personnes privées, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial et des groupements d'intérêt public, c'est à dire des personnes non soumises au code des marchés.

La composition peut ainsi être extrêmement diversifiée, et les groupements de commande apparaissent comme une structure très ouverte.

8.2. Soumission du groupement au code des marchés publics

Si un groupement de commandes inclut dans sa composition des personnes ne relevant pas du code des marchés publics, cela ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de soustraire le groupement à l'application des dispositions du code des marchés publics.

Une personne ne relevant pas du code des marchés publics et qui décide d'adhérer à un groupement de commandes, accepte de soumettre les achats qu'elle effectuera, dans le cadre de ce groupement, aux dispositions du code des marchés publics. La procédure de passation du marché sera celle résultant de l'application des dispositions du code des marchés publics.

Lorsqu'une personne n'est pas soumise au code des marchés publics et qu'elle adhère à un groupement de commandes, la soumission au code ne concernera que les achats qu'elle effectuera dans le cadre du groupement, et non tous ses achats.

L'adhésion à un groupement n'entraîne donc pas la soumission pleine et entière de tous ses membres au code pour tous leurs achats, mais seulement l'application obligatoire du code pour les procédures organisées dans le cadre du groupement.

8.3. L'initiative de la création

La création d'un groupement de commandes est laissée à l'initiative des acheteurs qui souhaitent grouper leurs achats.

Les anciennes commissions chargées de la coordination des commandes publiques au plan local ne sont plus prévues dans le code, et l'initiative de la constitution d'un groupement n'est plus du ressort des préfets.

La constitution d'un groupement de commandes a ainsi vocation à résulter d'une initiative spontanée de plusieurs acheteurs, qui n'ont pas besoin d'obtenir l'accord d'un tiers au groupement.

8.4. La convention constitutive du groupement

Les acheteurs qui décident de créer un groupement en déterminent l'objet et le fonctionnement dans une convention constitutive. L'objet du groupement doit être précis. Il doit, en particulier, faire apparaître clairement si le groupement est créé en vue de la passation d'un marché unique ou d'un marché par chacun des membres du groupement.

Pour des raisons de sécurité juridique et de transparence des procédures, le groupement ne peut fonctionner que si une convention constitutive en a préalablement déterminé le principe ainsi que les modalités de fonctionnement. Cette convention ne constitue pas un marché mais règle les conditions dans lesquelles le ou les marchés vont être passés. Elle doit être signée par tous les membres du groupement mais n'est soumise à aucune mesure particulière de publicité.

Le groupement ne peut donc exister qu'après que la convention a été valablement conclue et est entrée en vigueur.

Une modification de la convention est par ailleurs concevable, mais elle ne saurait être rétroactive.

Cette convention doit nécessairement identifier les membres du groupement ainsi que le cas échéant les modalités d'adhésion et de sortie du groupement. Elle doit prévoir la durée du groupement et également mentionner le type d'achats concernés.

Chaque membre s'engage dans la convention, à passer au terme des procédures organisées dans le cadre du groupement, le marché correspondant aux besoins qu'il a indiqués.

La convention indique nécessairement le coordonnateur chargé de la gestion des procédures, ainsi que le cas échéant les modalités de désignation d'un nouveau coordonnateur se substituant au précédent. Dans le cas de changement du coordonnateur, la convention initiale doit être modifiée pour substituer le nouveau coordonnateur à l'ancien. Le changement ne peut avoir d'effet rétroactif.

Il convient de plus de relever que seule une personne soumise de plein droit au code peut être choisie comme coordonnateur, ce qui est cohérent avec le principe précédemment évoqué selon lequel les groupements sont dans tous les cas soumis au code.

Si les membres du groupement souhaitent donner mandat au coordonnateur de signer et exécuter le marché pour eux, ils doivent l'avoir prévu dans la convention.

La convention précise enfin les modalités de prise en charge par les membres du groupement des frais matériels éventuels de fonctionnement du groupement. Le coordonnateur peut être indemnisé des frais occasionnés par la gestion des procédures du groupement, mais ses fonctions sont pour le reste exclusives de toute rémunération.

8.5. La représentation des acheteurs

Chaque acheteur est représenté dans la commission d'appel d'offres (CAO) du groupement en fonction de son statut.

Trois cas de figure se présentent :

- l'État et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, sont représentés par la personne responsable des marchés compétente. Celle-ci ne peut se faire représenter ;
- les collectivités locales et leurs établissements publics sont représentés par un membre de leur commission d'appel d'offres élu parmi les membres à voix délibérative de celle-ci ;
- les membres du groupement ne relevant pas à titre personnel du code des marchés publics désignent selon les règles qui leur sont propres une personne habilitée juridiquement à les représenter.

C'est le représentant de la commission d'appel d'offres du coordonnateur qui préside la commission d'appel d'offres du groupement.

8.6. Règles de passation des marchés

Ces règles dépendent essentiellement du statut des différents membres du groupement.

Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

8.6.1 Groupement composé uniquement des services de l'État et/ou des établissements publics nationaux autres qu'industriels et commerciaux

Les règles applicables sont celles des marchés de l'État notamment en matière de publicité et de seuils. La personne responsable des marchés du coordonnateur choisit alors le titulaire après avis de la commission d'appel d'offres (CAO) du groupement.

8.6.2. Groupement composé seulement de personnes soumises au code, et comprenant, en tout ou partie, des collectivités locales ou des établissements publics locaux

Les règles applicables sont celles des marchés des collectivités locales notamment en matière de publicité et de seuils. La CAO du groupement choisit alors le titulaire.

8.6.3. Groupement comprenant des personnes qui ne sont pas soumises au code

Ces personnes doivent s'aligner sur les règles applicables aux membres du groupement soumis au code des marchés publics.

Si les membres du groupement soumis de plein droit au code des marchés publics sont uniquement des services de l'État et/ou des établissements publics nationaux autres qu'industriels et commerciaux, les règles applicables sont celles des marchés de l'État. La personne responsable des marchés du coordonnateur choisit alors le titulaire après avis de la CAO du groupement.

Si parmi les membres du groupement soumis de plein droit au code des marchés publics, se trouvent des collectivités locales ou des établissements publics locaux, les règles applicables sont celles des marchés des collectivités locales. La CAO du groupement choisit alors le titulaire.

8.6.4. Composition de la commission d'appel d'offres

Elle est réglée par le III de l'article 8. Il convient toutefois de rappeler que le représentant de la DGCCRF et le comptable doivent obligatoirement être convoqués aux réunions des commissions d'appel d'offres pour les marchés que passent les membres du groupement. Dans ces conditions, le groupement étant chargé de passer un marché pour le compte de ses membres, le représentant de la DGCCRF et le comptable de chacun de ces membres doivent être convoqués aux réunions de la commission d'appel d'offres du groupement.

8.6.5. Cas des groupements où le coordonnateur a été mandaté pour signer et exécuter le marché au nom de l'ensemble des membres du groupement

La CAO compétente est celle du coordonnateur et non celle du groupement.

Les règles applicables aux marchés publics passés en exécution d'un mandat varient en fonction de la présence ou non parmi les membres du groupement de collectivités locales ou d'établissements publics locaux. Si le groupement comprend de tels organismes, les règles applicables sont celles des marchés publics des collectivités locales ; si tel n'est pas le cas, les règles applicables sont celles des marchés publics de l'État.

8.6.6. Exercice du contrôle de légalité

Le groupement de commandes n'ayant pas de personnalité juridique propre, mais correspondant simplement à une gestion coordonnée des procédures de marchés de plusieurs personnes distinctes, les membres du groupement soumis au contrôle de légalité y demeurent soumis pour les achats qu'ils réalisent dans le cadre d'un groupement.

Dans l'hypothèse où le coordonnateur a reçu mandat de signer et exécuter un marché unique pour l'ensemble des membres du groupement, c'est à lui qu'il revient de transmettre le marché au contrôle de légalité et notamment au préfet si des collectivités territoriales ou leurs établissements publics figurent parmi les membres du groupement et/ou aux commissions spécialisées de marchés si l'Etat est membre de ce groupement.

8.7. Deux procédures possibles

Les membres du groupement peuvent librement choisir, soit de signer chacun un marché en en assurant l'exécution, soit de donner mandat au coordonnateur pour réaliser ces opérations pour eux.

8.7.1. Cas de figure général : la conclusion de plusieurs marchés

Elle s'applique à défaut d'indication contraire dans la convention constitutive et conduit à ce que chaque membre du groupement passe un marché pour ce qui le concerne.

Chaque membre du groupement passe ainsi un marché avec le titulaire retenu au terme de la procédure groupée. Il ne peut remettre en cause le choix opéré dans le cadre du groupement en concluant le marché avec un autre opérateur.

Le marché passé par chaque membre du groupement portera sur l'intégralité des besoins qu'il a indiqués au coordonnateur et qui ont été consignés dans la convention constitutive ou dans un document annexé à cette convention. Chaque membre du groupement est tenu par les besoins qu'il a indiqués au coordonnateur et qu'il doit reproduire dans le marché qu'il conclut avec le titulaire sélectionné par le coordonnateur.

Il ne peut enfin modifier l'objet du marché qu'il s'est engagé à conclure.

8.7.2. Passation d'un marché unique

La convention constitutive peut avoir prévu que le coordonnateur sera mandaté pour signer et exécuter le marché pour l'ensemble des membres du groupement.

Ceci n'est possible que si la convention constitutive du groupement l'a expressément prévu.

Dans ce cas, le code prévoit la passation d'un seul marché par le coordonnateur, la CAO compétente étant celle du coordonnateur, et le coordonnateur ayant compétence pour signer le marché et en assurer l'exécution au nom et pour le compte des membres du groupement.

8.7.3. Mixage interdit entre les deux procédures

Le choix entre les deux procédures possibles doit être préalable et explicite ; il portera en bloc sur une des deux procédures indiquées ci-dessus.

En particulier, le coordonnateur ne peut pas être mandaté partiellement.

De même, les règles de compétence ne peuvent connaître de dérogation, en particulier quant à la CAO compétente.

Article 9

L'Union des groupements d'achats publics, à laquelle l'État et les collectivités territoriales peuvent demander d'effectuer leurs achats de fournitures et de services, est soumise, sous réserve des dispositions qui lui sont propres, au présent code.

L'UGAP est soumise à une réglementation qui lui est propre et qui détaille ses missions ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement (décret n° 85-801 du 30 juillet 1985, relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des Groupements d'Achats Publics).

Le code des marchés publics se borne à rappeler la possibilité pour les collectivités publiques de s'adresser à l'UGAP pour leurs achats de fournitures et de services (ce qui rentre dans le champ des missions de l'UGAP, telles qu'elles sont définies par l'article 1^{er} du décret du 30 juillet 1985).

Par ailleurs, le code des marchés publics intègre dans son champ d'application les marchés passés par l'UGAP, alors même qu'elle a le statut d'établissement public national à caractère industriel et commercial (le décret du 30 juillet 1985 pose le même principe dans son article 17, sous réserve de quelques adaptations qu'il prévoit dans son titre IV consacré aux marchés passés par cet établissement).

Enfin, le nouveau code des marchés publics met fin à compter de sa date d'entrée en vigueur (9 septembre 2001) au monopole détenu par l'UGAP en matière d'achat des véhicules automobiles de l'Etat et de ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux.

Chapitre IV – L'allotissement

Article 10

Des travaux, des fournitures ou des prestations de services peuvent être répartis en lots donnant lieu chacun à un marché distinct ou peuvent faire l'objet d'un marché unique.

La personne responsable du marché choisit entre ces deux modalités en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques qu'elles procurent.

Pour la détermination des procédures applicables à la passation des marchés comportant des lots,

la personne publique contractante évalue le montant du marché conformément aux dispositions de l'article 27.

Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

Pour un marché ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé.

10.1. Choix du mode de dévolution

C'est la personne responsable du marché qui décide de passer des marchés séparés en lots ou un marché unique. Pour ce faire, elle procède à une analyse des avantages économiques, financiers ou techniques que chacun de ces modes procure.

10.2. L'intérêt de l'allotissement

L'allotissement des marchés publics est de nature à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et à augmenter le nombre de compétiteurs, favorisant la mise en concurrence ; en conséquence, il doit être encouragé.

La politique d'allotissement dépend étroitement de la situation du marché, des caractéristiques de la prestation à réaliser et des objectifs recherchés.

La division des prestations en lots peut notamment être avantageusement pratiquée lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes. Il en est de même dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires qui grèvent d'autant le coût de la prestation ou encore pour assurer la sécurité des approvisionnements..

La politique d'allotissement ne répond donc pas seulement à des nécessités techniques mais aussi au fait de permettre l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

L'allotissement ne doit pas être utilisé afin de répartir artificiellement les fournitures, services ou travaux entre autant d'entreprises à qui l'acheteur public veut assurer une part de la commande et qui seraient ainsi favorisées. Ce « saupoudrage » dont l'objectif est étranger au souci de sécuriser l'approvisionnement ou d'ouvrir l'accès de la commande publique à toutes les catégories d'entreprises aurait pour effet, avéré ou potentiel, de fausser le jeu de la concurrence entre ces entreprises et de créer des obstacles supplémentaires à l'entrée sur le marché de nouveaux compétiteurs.

10.3. Marché distinct

Un lot est une unité autonome qui est attribuée séparément. Ainsi, chaque lot est attribué individuellement à l'entreprise dont l'offre a été retenue pour ce lot. Concrètement, cela signifie qu'un acte d'engagement est signé par la personne responsable du marché pour chacun des lots, quelque soit son montant.

Si une même entreprise est retenue pour plusieurs lots, un marché est passé pour chaque lot séparément qui lui sont attribués. Il en est de même lorsqu'une unique entreprise est attributaire de l'ensemble des lots (cas d'une entreprise générale, par exemple dans le domaine des travaux de bâtiment).

Dans ces deux cas, il sera possible en pratique de permettre à l'entreprise attributaire de fournir les documents exigés au moment de l'attribution (exemple : les certificats fiscaux et sociaux) en un seul exemplaire pour l'ensemble des lots attribués.

Dans l'hypothèse où des candidats présentent une offre en groupement, des dispositions spécifiques de présentation de l'acte d'engagement figurent à l'article 51.

10.4. Marché unique

Un marché unique n'est passé que dans le cas où la consultation n'a pas prévu la décomposition des prestations en plusieurs lots.

10.5. Appréciation des seuils de procédure en cas d'allotissement

Comme cela est souligné à l'article 27 paragraphe IV, lorsqu'un marché comporte plusieurs lots, c'est la valeur estimée de la totalité des lots qui est prise en compte pour l'appréciation des seuils de procédure.

10.6. Annonce de l'allotissement des prestations

Le choix du mode de dévolution par marchés séparés en lots ou par marché unique doit apparaître nettement, dans un souci de transparence. La politique d'allotissement, par ses effets directs sur l'importance des marchés, est en effet un élément essentiel qui doit être annoncé dès l'avis d'appel public à la concurrence ou, à défaut, le règlement de la consultation.

Il convient d'éviter, dans le règlement de la consultation, de pratiquer des divisions de lots en sous-lots. En effet, le lot, qui est la partie des prestations pouvant être attribuée séparément, n'a pas à être lui-même décomposé, car il y aurait alors un risque d'ambiguïté sur la nature de l'unité autonome d'attribution.

10.7. Conséquences de l'allotissement sur le déroulement de la procédure

10.7.1. Immutabilité de la division des lots

La division annoncée doit être respectée. Modifier la composition d'un lot en cours de procédure entache le marché d'illégalité.

10.7.2. Examen individuel de chaque lot

Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Lorsque les prestations sont réparties en lots, chaque candidat doit faire une offre chiffrée pour chaque lot qu'il souhaite se voir attribuer, de telle sorte que l'appréciation des différentes offres reçues puisse être faite pour chaque lot considéré séparément.

Il est interdit aux candidats de proposer un rabais conditionné par l'attribution de plusieurs lots. Cette interdiction conduit à une plus grande diversité des offres et à une plus grande concurrence. Cependant, si une offre contenant une telle proposition de rabais ne doit pas être considérée comme non conforme et rejetée pour ce seul motif, il est impératif que l'acheteur public ne prenne pas en compte ces propositions de rabais lors de la comparaison des offres pour le choix du titulaire du marché. De même, de tels rabais, consentis en fonction du nombre de lots obtenus, ne peuvent en aucun cas être pris en compte lors de la mise au point du marché.

10.7.3. Possibilité d'attribuer plusieurs lots à un même candidat

Les dispositions de l'article 10 n'interdisent pas d'attribuer plusieurs lots à la même entreprise, si celle-ci a effectué une offre pour chacun de ces lots et qu'elle est mieux-disante sur chacun d'eux examiné individuellement. Cependant, le règlement de la consultation peut interdire qu'un candidat se voie attribuer plusieurs lots. Une telle règle qui doit, si l'acheteur public décide d'en faire application, être annoncée dans le règlement de la consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence, trouve notamment à s'appliquer lorsque le motif du recours à l'allotissement est d'assurer la sécurité des approvisionnements.

10.8. Cas particulier d'une obligation d'allotir : l'interdiction totale des marchés d'entreprise de travaux publics (METP)

Pour un marché ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la construction fait obligatoirement l'objet d'un marché séparé.

Cette disposition se combine avec les termes de l'article 94 qui interdisent l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Ces mesures, qui ont pour effet d'interdire les METP, permettent une mise en concurrence et une plus grande transparence pour chacun des différents besoins de la collectivité (par exemple, travaux d'une part et financement d'autre part), permettant de recueillir un plus grand nombre d'offres et des offres plus adaptées à chaque besoin exprimé.

Par ailleurs, elles favorisent l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, les METP n'étant accessibles, en pratique, qu'aux grandes entreprises.

Les formules de METP avec paiement différé présentaient de nombreux inconvénients : endettement indirect de la collectivité locale, coût élevé, opacité dans la répartition du marché entre la construction, le financement et l'exploitation ou la maintenance, frein pour l'accès direct des petites et moyennes entreprises à la commande publique, réduction de la concurrence.

Cependant, ces dispositions n'interdisent pas d'attribuer les deux lots à la même entreprise, si celle-ci est mieux-disante sur les deux lots, toutefois, dans ce cas, deux marchés distincts seront conclus avec la même entreprise.

En effet, maintenir la possibilité de confier à une même entreprise la construction d'un ouvrage et l'exploitation du service public qui lui est associé peut, dans certains cas, répondre à un besoin. Distinguer, dans des lots différents, la construction et l'exploitation n'empêche pas de retenir un seul titulaire, si l'entreprise qui a remporté le lot relatif à la construction de l'ouvrage s'avère la mieux placée pour en assurer l'exploitation.

Chapitre V – Documents constitutifs du marché

Article 11

A l'exception de ceux auxquels sont applicables les dispositions de la section 1 du chapitre 2 du titre III du présent code, les marchés publics sont des contrats écrits.

L'acte d'engagement, les cahiers des charges et, le cas échéant, les bons de commande, en sont les pièces constitutives.

L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique.

Le bon de commande est le document écrit adressé par la personne publique contractante au titulaire du marché ; il précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée et en détermine la quantité.

Pour les marchés de conception-réalisation, définis à l'article 37 du présent code, sont en outre des pièces constitutives :

1° Le programme de l'opération, au sens de l'article 2 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

11.1. Caractère écrit des marchés publics

11.1.1. Le principe : les marchés publics sont des contrats écrits

Les marchés publics doivent être conclus sous forme écrite. Au-dessus du seuil de 90.000 €HT et en dehors des cas explicitement énumérés au point 11.1.2 ci-après, un marché public est irrégulier s'il n'a pas été conclu sous la forme écrite.

11.1.2. Les exceptions : les marchés passés sans formalités préalables

En ce qui concerne les marchés passés sans formalités préalables la forme écrite, telle que prévue par le code des marchés publics, n'est pas indispensable. Une commande verbale ou un contrat écrit sous une forme libre (exemples : lettre, fax, coupon de commande) sont également acceptables.

Ne sont ainsi pas soumis à l'obligation d'adopter la forme d'un marché rédigé selon les règles prévues par le code des marchés publics :

- article 28 : marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant (ne dépassant pas le seuil de 90.000 €HT) ;
- article 29 : marchés passés sans formalités préalables en raison de la nature particulière des produits (denrées alimentaires périssables sur foires ou marchés ou sur les lieux de production) ;
- article 30 : marchés soumis au régime allégé (services juridiques, services sociaux et sanitaires, services récréatifs, culturels et sportifs, services d'éducation ainsi que des services de qualification et insertion professionnelles) ;
- article 31 : marchés dont l'objet est la décoration d'une construction publique (1% décoration) ; dans ce cas également un document écrit peut se révéler utile surtout si le montant du marché est important.

11.1.3. Cas particulier des marchés de maîtrise d'œuvre d'une opération soumise à la loi MOP

Les prestations de maîtrise d'œuvre d'une opération soumise à la loi MOP, doivent impérativement donner lieu à la passation d'un contrat écrit, quel que soit leur montant, même si celui-ci est inférieur au seuil visé à l'article 74, c'est-à-dire 90.000 €HT.

Cette obligation résulte de la loi MOP précitée et du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires qui prévoit que le contrat de maîtrise d'œuvre doit comporter les modalités de fixation du montant de la rémunération du titulaire. Un tel acte, qui doit permettre de recueillir l'accord du maître d'ouvrage public et du maître d'œuvre privé sur la mission, ne peut être qu'un contrat écrit.

11.1.4 Autres hypothèses où un écrit est nécessaire

Lorsqu'il existe des normes, les marchés doivent y faire référence et cette obligation conduit la personne responsable du marché à rédiger un acte écrit.

Il en est de même lorsqu'il est nécessaire de fixer les conditions dans lesquelles les litiges susceptibles de survenir en cours d'exécution du contrat. Ceci peut se révéler particulièrement utile pour les marchés portant sur des prestations délicates à réaliser ou dont l'exécution prend un certain temps.

Il est enfin nécessaire de recourir à un écrit, en vertu de règles comptables, lorsque l'acheteur public prévoit d'accorder au titulaire du marché des avances ou des acomptes.

11.2. Pièces constitutives d'un marché public

11.2.1. L'acte d'engagement

L'acte d'engagement est un élément essentiel de la procédure de passation d'un marché.

Il fait désormais l'objet d'une définition précise à l'article 11 qui indique que c'est « la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique ».

L'acte d'engagement comporte les principales données administratives et financières de l'offre du candidat, ou de ses offres en cas de variantes.

La signature de l'acte d'engagement par une personne dûment habilitée à cet effet par le candidat au marché, constitue une formalité substantielle prescrite à peine d'irrecevabilité de l'offre. Si le marché est néanmoins conclu sur le fondement d'un acte d'engagement signé par une personne non habilitée à cet effet, il est entaché de nullité.

Une fois signé par l'acheteur public, l'acte d'engagement crée le lien contractuel entre les parties.

Afin de l'aider dans sa procédure d'achat, l'acheteur public peut utiliser l'imprimé adéquat, accessible par voie électronique (adresse : minefi.gouv.fr) et accompagné d'une notice d'utilisation.

11.2.2. Les cahiers des charges

Les cahiers des charges font l'objet d'un article spécifique. Il s'agit de l'article 13 du nouveau code des marchés publics.

11.2.3. Les bons de commande

Le bon de commande fait également l'objet d'une définition : c'est « le document écrit adressé par la personne publique contractante au titulaire du marché ; il précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée et en détermine la quantité ».

Les bons de commandes, éléments constitutifs du marché, doivent impérativement figurer dans la liste des documents contractuels. Ils sont placés en dernière position des documents contractuels.

11.3. Cas particulier des marchés de conception-réalisation

Les derniers alinéas de l'article 11 concernent les seuls marchés de conception-réalisation. Ils visent à rappeler les dispositions figurant à l'article 7 du décret no 93-1270 du 29 novembre 1993 portant application du I de l'article 18 de 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, qui dispose que :

« Le contrat de conception-réalisation est constitué au moins des pièces suivantes :

1° Le programme de l'opération au sens de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée qui doit préciser la topographie et la constitution du sous-sol et comporter des exigences de résultats vérifiables à atteindre et des besoins à satisfaire;

2° Les études de conception présentées dans l'offre et retenues par le maître de l'ouvrage; »

3° L'acte d'engagement. Dans le cas de concurrents groupés, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. »

Article 12

Les pièces constitutives du marché comportent obligatoirement :

1° L'identification des parties contractantes ;

2° La justification, par référence à l'arrêté la désignant, de la qualité de la personne signataire du marché au nom de l'Etat et, le cas échéant, la délibération autorisant la personne responsable du marché à passer le marché ;

3° La définition de l'objet du marché ;

4° La référence aux articles et alinéas du présent code en application desquels le marché est passé ;

5° L'énumération des pièces du marché ; ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces ;

6° Le prix ou les modalités de sa détermination ;

7° La durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement ;

8° Les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations ;

9° Les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de paiement ;

10° Les conditions de résiliation ;

11° La date de notification du marché ;

12° Le comptable assignataire ;

13° Les éléments propres aux marchés fractionnés, tels que définis à l'article 72 du présent code.

L'article 12 donne la liste des mentions obligatoires devant figurer dans les pièces du marché ; il ne s'applique pas aux marchés passés sans formalités préalables.

Ces dispositions sont destinées à éviter les contestations qui peuvent naître d'une présentation irrégulière ou incomplète des marchés.

12.1. Remarques d'ensemble

Les mentions visées aux 1°, 3° et 6° doivent être considérées comme substantielles. L'omission de l'une d'entre elles entraînerait la nullité du contrat.

Les autres informations doivent figurer dans les marchés pour des raisons de bonne administration et pour la bonne exécution du contrat. L'omission de l'une d'elles, si elle n'est pas par elle-même une cause de nullité du marché, est de nature à justifier une suspension des paiements car la régularité formelle du marché public s'en trouve affectée.

Les mentions obligatoires figurant à l'article 12 peuvent se trouver dans l'une ou l'autre des pièces constitutives du marché. Les marchés peuvent aussi contenir d'autres mentions ou stipulations que les mentions obligatoires de l'article 12.

12.2. Remarques particulières

12.2.1. L'identification des parties contractantes

L'attention est appelée sur la nécessité de désigner correctement le véritable créancier. A cet effet, les titulaires, personnes morales, doivent être désignées sous leur dénomination sociale correcte et complète, telle qu'elle figure au registre du commerce et des sociétés.

La désignation sans ambiguïté du titulaire du marché est également indispensable en cas de groupement d'entreprises, surtout si celles-ci décident d'ouvrir un compte commun pour les paiements relatifs au marché.

12.2.2. La justification, par référence à l'arrêté la désignant, de la qualité de la personne signataire du marché au nom de l'Etat et, le cas échéant, la délibération autorisant la personne responsable du marché à passer le marché

Le marché doit être, à peine de nullité absolue, signé par la personne compétente pour le faire. L'incompétence de la personne signataire n'est en effet pas susceptible de régularisation ainsi que cela est indiqué dans le commentaire de l'article 20 du code.

12.2.3. La définition de l'objet du marché

Un objet incertain affecterait la validité du marché. Il convient donc que le marché conclu précise cet objet de façon claire.

12.2.4. L'énumération des pièces du marché

Ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces.

Malgré les précautions prises lors de leur élaboration, il peut arriver que des contradictions apparaissent entre les différentes pièces du marché. C'est le cas notamment lorsque des clauses dérogatoires aux documents ont été introduites dans les pièces particulières. Pour éviter toute difficulté, les pièces sont donc rangées par ordre de priorité : il s'agit d'une mention obligatoire prévue par l'article 12.

L'ordre de priorité des pièces, fixé par le cahier des clauses administratives générales, va du particulier au général ; il est identique pour toutes les catégories de marchés :

- 1° acte d'engagement ;
- 2° cahier des clauses administratives particulières ;
- 3° cahier des clauses techniques particulières ;
- 4° pièces particulières, annexes éventuelles ;
- 5° cahier des clauses techniques générales ;
- 6° cahier des clauses administratives générales ;
- 7° bons de commandes.

Le cahier des clauses administratives particulières rappelle cet ordre de classement des pièces pour le marché donné.

12.2.5. La durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement

La durée de l'engagement doit nécessairement être définie par le marché. Le respect de la durée d'exécution est un impératif : le manquement à cette obligation déclenche l'application de pénalités de retard et sert de base à leur calcul. Cette durée peut toutefois, en fonction de circonstances exceptionnelles, être prolongée par avenant dans les conditions précises prévues pour l'adoption des avenants (par exemple, durée exceptionnellement longue des intempéries dans le cas des marchés de travaux).

12.2.6. Les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations

La livraison des fournitures, la réception des travaux ou l'admission des prestations s'analyse comme une étape essentielle des engagements contractuels. C'est pourquoi, les conditions de réception, livraison ou d'admission des prestations font partie des mentions obligatoires. L'acheteur pourra introduire dans les documents contractuels toute condition particulière venant compléter les dispositions du cahier des clauses administratives générales sur ce point.

12.2.7. Les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de paiement

La fixation d'un délai de paiement constitue une nouveauté du code des marchés publics. Il convient de se référer à l'article 96 du code qui prévoit que « les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai maximum fixé par voie réglementaire ».

12.2.8. Les conditions de résiliation

Lorsque les mentions relatives aux conditions de résiliation figurent déjà dans les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), elles peuvent ne pas être traitées dans les pièces particulières. Dans le cas où la personne responsable du marché entend ne pas se référer à un CCAG, elle doit prévoir d'insérer de telles clauses dans ses documents de marché.

12.2.9. La date de notification du marché

Point de départ des obligations contractuelles, c'est la notification qui constitue le point de départ de la relation avec la personne publique. L'article 79 du code définit les modalités de notification.

Article 13

Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés.

Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux sont :

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés ;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

La personne responsable du marché décide de faire ou non référence à ces documents.

Les documents particuliers sont :

1° Les cahiers des clauses administratives particulières, qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ;

2° Les cahiers des clauses techniques particulières, qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché.

Si la personne responsable du marché décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.

Les cahiers des charges sont des documents contractuels qui « déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés ». Ils comprennent des documents généraux qui réunissent les clauses applicables à toute une catégorie de marchés et des documents particuliers qui contiennent les clauses propres au marché.

En outre, chacun de ces ensembles est subdivisé en deux groupes : les cahiers du premier groupe contiennent des clauses administratives, ceux du second groupe rassemblent les clauses techniques.

13.1. Les cahiers des clauses générales

Les documents généraux officiellement approuvés réunissent les clauses applicables à toute une catégorie de marchés.

Le code indique que la personne responsable du marché est libre de faire référence à ces documents auxquels il est, par ailleurs, toujours possible de déroger lorsqu'elle décide de les appliquer. Dans ce cas, le cahier des clauses administratives particulières doit indiquer les articles des CCAG auxquels il déroge.

La rédaction des cahiers des charges d'un marché est un exercice difficile et à risque que seules les collectivités qui disposent des moyens nécessaires peuvent effectuer. En effet, leur contenu est appelé à devenir la loi des parties. C'est pourquoi la référence au cahier des clauses générales reste une facilité qui garantit à la personne responsable du marché une sécurité juridique appréciable.

13.1.1. Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG)

13.1.1.1. Définition

Les CCAG rassemblent l'ensemble des clauses administratives qui s'appliquent à des prestations de même nature.

Les clauses d'un CCAG ne sont applicables qu'à un marché qui s'y réfère expressément. Les marchés passés en vertu du nouveau code des marchés publics peuvent continuer à faire référence aux CCAG existants (cf. point suivant) même si certaines dispositions qu'ils contiennent peuvent ne plus trouver à s'appliquer et qu'il sera nécessaire de prévoir dans les CCAP des dispositions spécifiques pour l'indication des délais de paiement et non plus de mandatement.

Les CCAG seront prochainement actualisés et modernisés.

Le service qui passe un marché et qui choisit un CCAG de référence peut être confronté à une difficulté : en effet, ce choix peut ne pas être facile lorsque l'objet du marché porte à la fois sur des fournitures et des travaux. Il sera, dans ce cas, fait référence de manière explicite au CCAG de la catégorie à laquelle le marché doit se rattacher conformément aux principes énoncés au point 1.1.5.4 ci-dessus.

En outre, en cas de nécessité, il sera possible d'introduire dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) des clauses supplémentaires dont le contenu sera inspiré des clauses du CCAG non retenu mais en veillant à ne pas se référer nommément à ce second CCAG afin de ne pas créer d'ambiguïté.

13.1.1.2. Les différents CCAG

Ils sont au nombre de quatre.

13.1.1.2.1. le CCAG Fournitures courantes et services

Approuvé par le décret n°77-699 du 27 mai 1977 (brochure n°2014 Journaux Officiels), il concerne tous les achats de fournitures courantes et de prestations de services. Le CCAG Fournitures courantes comporte un chapitre relatif aux marchés d'informatique et de bureautique qui ne s'applique qu'aux marchés qui s'y réfèrent expressément.

13.1.1.2.2. Le CCAG Travaux

Il fait l'objet du décret n°76-87 du 21 juin 1976 (brochure n°2006 Journaux Officiels).

13.1.1.2.3. Le CCAG Prestations intellectuelles

Approuvé par le décret n°78-1306 du 26 décembre 1978 (brochure n°2012 Journaux Officiels), ce CCAG comporte 3 options (A, B, C) qui apportent des solutions juridiques différentes aux problèmes de propriété littéraire et artistique et de propriété industrielle. L'acheteur public doit choisir l'une de ces options. Il la précisera dans le cahier des clauses particulières.

- L'option A concerne le cas où l'acheteur public se réserve la libre utilisation des résultats; elle s'applique principalement aux marchés de prestations intellectuelles ne comportant pas de clauses de propriété industrielle. Il appartient à l'acheteur public de déterminer l'étendue des droits du titulaire.

- L'option B concerne les cas où la méthodologie présente un caractère suffisamment original pour demeurer la propriété du titulaire; elle peut comporter des clauses de propriété industrielle. Dans l'option B, les droits de chacune des parties sont strictement limités.

Les études de caractère administratif, économique, juridique, sociologique, artistique, littéraire, les études de logiciel d'application en informatique, les conseils en informatique, en organisation, en formation, en stratégie commerciale peuvent donner lieu à l'application soit de l'option A, soit de l'option B.

- L'option C est utilisée pour les marchés de prestations intellectuelles à vocation industrielle. Dans cette option, les deux parties peuvent, sous certaines conditions, utiliser assez librement les résultats des prestations.

Dans un certain nombre de cas particuliers non mentionnés ci-dessus (par exemple recherche fondamentale, recherche opérationnelle, études à caractère médical, contrats internationaux ...), il appartiendra au titulaire et à l'acheteur public de choisir l'option la mieux appropriée.

13.1.1.2.4. Le CCAG Marchés industriels

Le décret n°80-809 du 14 octobre 1980 (brochure n°2016 Journaux Officiels) approuve ce CCAG qui comporte deux chapitres applicables uniquement aux marchés qui s'y réfèrent expressément : le chapitre VI - stipulations spéciales aux marchés de réparation et de modification - et le chapitre VII - marchés industriels comportant une part d'études.

13.1.2. Les cahiers des clauses techniques générales (CCTG)

Les CCTG rassemblent l'ensemble des clauses techniques qui s'appliquent à des prestations de même nature.

Les CCTG applicables aux marchés publics de travaux rassemblent l'ensemble des dispositions techniques relatives aux travaux de bâtiment et de génie civil. Il se présente comme une collection de fascicules traitant chacun d'un thème spécialisé (ex : CCTG « terrassements généraux », CCTG « étanchéité des ouvrages souterrains » etc..).

Il existe d'autres CCTG portant sur des prestations telles que la réalisation ou l'entretien d'installations de chauffage, la location d'articles de textile.

Lorsque la personne responsable du marché décide de faire référence à un cahier des clauses techniques générales, il est possible de déroger à certaines clauses de ce CCTG. Dans ce cas, le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) doit indiquer les articles des CCTG auxquels il déroge.

13.2. Les cahiers des clauses particulières

Ces documents font partie du dossier de consultation. Ils doivent donc être rédigés de façon exacte, claire et complète, avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence de façon à être disponible dès que les candidats en feront la demande.

13.2.1. Les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP)

Les CCAP fixent plus précisément les engagements contractuels du titulaire du marché. Ces documents types se présentent comme des cadres en partie rédigés et prêts à recevoir les informations propres à chaque marché ; ils apportent ainsi une aide précieuse au rédacteur, lui font gagner du temps et éviter des oublis.

Il existe un CCAP type pour les contrats de maintenance de certains matériels ou équipement, les marchés publics de nettoyage de locaux, etc...

Il est possible de modifier la présentation et le contenu du CCAP type, proposé seulement comme modèle tout en abordant cette démarche avec une grande prudence.

Il est rappelé que toute dérogation aux dispositions des CCAG doit être clairement définie et, en outre, récapitulée dans le dernier article du CCAP. Si une dérogation au CCAG n'est pas récapitulée en fin de CCAP, elle est réputée non écrite.

13.2.2 Les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP)

Les CCTP rassemblent les clauses techniques d'un marché déterminé. Ce sont les stipulations qui donnent une description précise des prestations à réaliser et permettent à la personne responsable de suivre le déroulement du marché et la bonne exécution de ces prestations.

Il existe des CCTP applicables aux installations de détection incendie, à la maintenance des installations d'éclairage public, etc...

Il est rappelé que toute dérogation aux dispositions des CCTG doit être clairement définie et, en outre, récapitulée dans le dernier article du CCTP.

Les CCTP doivent être rédigés de façon claire et impartiale. Les exigences techniques doivent être définies en liaison directe avec le besoin défini par l'acheteur public et l'objet du marché et doivent leur être proportionnées, de façon à ne pas constituer une restriction déguisée à l'accès à la commande publique. Si des exigences techniques spécifiques peuvent être posées, elles ne doivent en effet pas aboutir à exclure arbitrairement certains candidats, ni à en favoriser d'autres.

Dans le cas où, par son importance ou par sa nature, le marché ne justifie pas l'établissement de deux documents particuliers distincts, le CCAP et le CCTP peuvent être réunis en un seul document : le cahier des clauses particulières.

Article 14

La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter

contre le chômage ou à protéger l'environnement.

Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

Le code des marchés publics offre la possibilité de prévoir des conditions sociales ou environnementales obligatoires dans le cadre de l'exécution d'un marché public. Ces dispositions nouvelles traduisent le souci d'intégrer dans le droit de la commande publique des préoccupations citoyennes importantes qui n'étaient jusqu'alors qu'imparfaitement prises en compte.

Ainsi, dans le domaine social, les maîtres d'ouvrage soucieux de lier dépenses publiques et intérêt général peuvent désormais, en toute légalité, inscrire leur volonté de promouvoir l'emploi et combattre l'exclusion par l'inscription dans leurs marchés publics de conditions d'exécution pour l'embauche de publics prioritaires. Une offre qui ne satisferait pas une telle condition serait irrecevable pour non-conformité au cahier des charges.

Dans ce cadre, à titre d'exemple, ils peuvent fixer dans le cahier des charges de leurs marchés publics des conditions particulières permettant de promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés d'insertion, comme par exemple, les bénéficiaires du RMI ayant signé un contrat d'insertion dans l'année, les travailleurs handicapés reconnus par la COTOREP, les jeunes ayant un faible niveau de formation, les jeunes n'ayant jamais travaillé et inscrits auprès du RELAIS 16/25 ans des Missions locales ou les chômeurs inscrits à l'ANPE depuis plus d'un an en continu ou depuis plus de deux ans en chômage récurrent. Cette énumération n'est pas limitative. Le cahier des charges peut prévoir que ces conditions ne s'appliquent seulement qu'à certains lots.

Concrètement, cela pourra se traduire par une affectation d'un certain pourcentage d'heures travaillées à ces publics. Ce peut être également l'obligation d'employer un nombre défini de jeunes chômeurs ou de chômeurs de longue durée. Autre exemple, en cas de sous-traitance, il peut être demandé aux candidats de sous-traiter un lot ou une fraction du marché à une entreprise d'insertion.

Ainsi la personne publique peut faire de l'action d'insertion une modalité obligatoire d'exécution du marché, en insérant dans le cahier des charges une clause que l'entreprise choisie, quelle qu'elle soit, devra respecter. L'entreprise peut dans ce cas agir directement ou avoir recours à des structures d'insertion agréées.

A terme, ces mesures permettront de faciliter le passage d'une personne exclue du marché du travail d'une structure d'insertion agréée vers une entreprise ordinaire. Par ailleurs, elles contribuent à l'amélioration de la gestion prévisionnelle de leur personnel par les entreprises candidates en sensibilisant de nouvelles personnes à leur métier.

Dans ce même esprit de lutte contre la précarité et de promotion de l'emploi, les personnes publiques peuvent également, sans fragiliser la passation de leur marché, exiger des entreprises que la fabrication des produits achetés réponde à des conditions de production socialement satisfaisantes, par exemple, qu'elles n'aient pas requis l'emploi d'une main-d'œuvre infantine dans des conditions contraires aux conventions internationalement reconnues. La personne publique peut dans ce cas exiger que les fournitures bénéficient d'un label de qualité sociale de production ou répondent à des conditions équivalentes.

Afin d'éviter que ces mesures n'aient un caractère discriminatoire, l'article 14 prévoit que ces conditions sont bien des conditions d'exécution du marché et non pas des critères de choix du titulaire. En outre, les acheteurs publics ne doivent pas, bien entendu, établir leurs cahiers des charges de manière à ce qu'une seule entreprise soit en mesure de satisfaire aux conditions d'exécution qui y sont fixées.

De manière plus efficace que si ces clauses étaient érigées en critère de choix, le nouvel article 14 permet donc à la collectivité publique de fixer elle-même le niveau d'exigence sociale ou environnementale qu'elle voudra voir réaliser par les titulaires de ses marchés - quels qu'ils soient - et ainsi de développer une véritable politique d'achat citoyen sans pour autant méconnaître les exigences du droit de la commande publique et de la concurrence.

Chapitre VI - Durée du marché

Article 15

Sans préjudice des dispositions des articles 35, 69, et 72 définissant la durée maximale pour certains marchés, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Un marché 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 la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

Le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché. Il est fixé en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. La personne responsable du marché prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché peut refuser sa reconduction.

Conformément au principe général selon lequel tout contrat doit déterminer les obligations des parties, les marchés publics doivent obligatoirement définir leur durée.

Le point de démarrage de la durée du marché est, sauf indication contraire du marché, la date de sa notification au titulaire. En effet, pour certains marchés, notamment des marchés de travaux, la date de commencement du marché sera la date de la notification de l'ordre de service prescrivant le début des travaux ou des prestations ; dans ce cas, si le marché ne prévoit pas un tel ordre de service, la date de commencement du marché sera également la date de notification du marché.

Pour le cas particulier des marchés fractionnés, il convient de se reporter au point 72.4.2 ci-après.

En dehors des dispositions particulières qui limitent la durée de certains marchés, c'est-à-dire les marchés fractionnés de l'article 72, les marchés complémentaires de fournitures ou d'installations d'usage courant (article 35, III, 1°, a), les marchés de prestations identiques de services ou de travaux (article 35, III, 2°) ainsi que les marchés de communication prévus à l'article 69, il appartient à l'acheteur public de fixer cette durée, en respectant l'obligation d'une remise en concurrence périodique qui s'oppose à ce que la durée fixée soit excessive.

Pour apprécier cette durée, il peut être notamment tenu compte du temps nécessaire à la réalisation des prestations ou de la durée d'amortissement des matériels nécessaires à l'exécution du marché.

Lorsque la personne responsable du marché prévoit une reconduction, elle doit interroger le titulaire du marché pour vérifier qu'il acceptera la reconduction puisque le code prévoit la possibilité de refus et, en cas de refus, disposer du temps suffisant pour la passation d'un nouveau marché.

Les reconductions, qui constituent la conclusion d'un nouveau marché, sont obligatoirement expresses. Elles ne sauraient permettre de modifier les conditions du marché qui ne peuvent l'être que par avenants dans les conditions prévues à l'article 19.

L'article 15 précise clairement que le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché et que celles-ci sont encadrées. L'acheteur public doit donc estimer le montant de ses besoins en y intégrant la valeur de ces reconductions. Pour un marché d'un an reconduit deux fois de suite, c'est la valeur de l'ensemble des prestations à réaliser sur ces trois ans qu'il faut prendre en compte.

Chapitre VII - Prix du marché

Article 16

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités.

Des clauses incitatives liées aux délais d'exécution, à la recherche d'une meilleure qualité des prestations et à la réduction des coûts de production peuvent être insérées dans les marchés.

16.1. Définition des prix

Dans tous les marchés, même de montant inférieur à 90 000 €HT, la définition des prix doit être guidée par les principes suivants.

Le prix rémunère le titulaire auquel est confiée l'exécution d'une prestation répondant aux besoins exprimés par l'acheteur public, ouvrage, produit ou service.

La détermination du prix résulte de la confrontation de l'offre et de la demande ; ce prix varie naturellement selon l'étendue des besoins à satisfaire et des aléas économiques et techniques liés à l'exécution du marché.

Ces risques sont fonction de la nature des prestations, qui peuvent aller des fournitures courantes sur prix de catalogue (« achats sur étagère ») aux travaux de bâtiment ou de génie civil réalisés à la demande d'une personne publique, dont les éléments sont chiffrés ou calculés d'après un devis.

C'est un des rôles essentiels de la personne responsable du marché de choisir la forme et le contenu des prix. A cet effet, elle s'attachera en particulier à laisser au titulaire le maximum de responsabilité, en prenant cependant toutes dispositions de nature à réduire les aléas dans l'exécution de la prestation.

La personne responsable du marché doit rassembler les informations permettant de juger si les prix obtenus sont acceptables.

Les développements suivants, avec ceux relatifs aux articles 17 et 18, exposent les conditions de détermination des prix dans les marchés publics et les orientations à suivre pour obtenir le meilleur prix contractuel. Pour plus d'information, il convient de se reporter à la circulaire du ministre chargé de l'économie et des finances du 5 octobre 1987, relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics (n° NOR : ECOM8710070C ; JO du 24 octobre 1987).

16.2. Typologie générale des prix

Dans un marché public, il convient de distinguer :

- le prix unitaire, du prix forfaitaire et du prix global,
- le prix initial, du prix de règlement,
- le prix ferme, éventuellement actualisable, du prix ajustable et du prix révisable (v. commentaire de l'article 17),
- le prix initial définitif, du prix provisoire (v. commentaire de l'article 18),
- le prix hors taxe (H.T.), du prix toutes taxes comprises (T.T.C.), lequel comprend la taxe sur la valeur ajoutée et les taxes parafiscales applicables, le cas échéant.

Que le prix soit ferme, révisable en fonction des conditions économiques ou ajustable par rapport à une référence, il est en général prévu au marché que le prix de règlement tiendra compte des variations éventuelles du taux ou de l'assiette des taxes sur le chiffre d'affaires applicables à la prestation.

16.3. Choix de la forme des prix

Le marché peut comporter soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires, soit à la fois des prix forfaitaires et des prix unitaires (art. 16, 1er alinéa) :

- est forfaitaire tout prix qui rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations, un ouvrage ou une partie d'ouvrage définis dans le marché ;
- est unitaire tout prix qui sera multiplié par la quantité effectivement livrée ou exécutée pour déterminer le montant du règlement.

Il peut également être indiqué, dans le dossier de consultation, que l'administration se propose de forfaitiser certaines quantités indiquées par les candidats pour la réalisation d'un ouvrage ou, plus généralement, d'une prestation.

La fixation d'un prix forfaitaire est recommandée pour toutes les prestations qui peuvent être bien définies au moment de la conclusion du marché.

16.3.1. Incidence des aléas de quantités

Si les prestations comportent des incertitudes sur les quantités, le choix de prix unitaires est plus pertinent. Dans ce cas, une partie des aléas techniques, celle résultant des quantités, est prise en charge par l'administration.

16.3.2. Le partage des risques : clauses incitatives

Pour les marchés importants, il est possible, au lieu de se contenter de ces pourcentages de réduction, de prévoir un coefficient d'incitation, ce qui constitue un mode de rémunération intermédiaire entre le forfait et les prix unitaires.

D'une manière générale, le prix doit procéder autant que possible d'un partage des risques entre l'acheteur public et le titulaire du marché, avec la préoccupation de protéger ce dernier contre les conséquences des aléas les plus lourds, mais aussi une incitation :

- au respect des engagements contractuels (délais, qualité) ;
- à la réduction des coûts (une formule consiste à prévoir dans le marché un pourcentage de réduction applicable aux prix unitaires en fonction des quantités commandées).

L'application de ce principe conduit à insérer dans les marchés des clauses comportant le maximum d'incitations financières à la bonne exécution du contrat ; celles-ci peuvent revêtir différentes formes :

- incitation au respect des délais (pénalités pour retard ; voire primes d'avance dans les cas spécifiques où l'acheteur a intérêt à la réduction du délai prévu au contrat) ;
- incitation à la qualité (primes pour dépassement de performances, intéressement au bon fonctionnement) ;
- incitation portant sur le respect des quantités mises en œuvre (dans un marché de génie civil par exemple, abattement sur les prix lorsque les quantités dépassent celles initialement prévues).

Le marché peut également comporter une clause d'intéressement, où la réduction de prix obtenu est compensée et encouragée par une augmentation proportionnelle de la marge du titulaire. Le règlement résulte alors d'une comparaison d'un prix résultant d'un contrôle des coûts avec un prix d'objectif, soit global fixé

au marché, soit résultant de l'application aux quantités réellement exécutées de prix unitaires fixés au marché. La différence est partagée entre les cocontractants selon une formule d'intéressement, qui peut revêtir diverses formes.

Sur ces questions, il convient de se reporter à la circulaire n° 2485 du ministre de l'économie et des finances du 4 mars 1969 relative au guide des clauses de caractère incitatif dans les marchés (brochure n° 2007 éditée par la direction des journaux officiels).

Article 17

Sous réserve des dispositions de l'article 18, un marché est conclu à prix définitif.

Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Le prix ferme est actualisable dans des conditions fixées par décret.

Un marché est dit à prix ajustable ou révisable lorsque le prix peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans des conditions fixées par le décret mentionné à l'alinéa précédent. Lorsqu'un marché comporte une clause de variation de prix, il fixe la périodicité de mise en œuvre de cette clause.

17.1. Marchés à prix initial définitif

La règle est de conclure à prix initial définitif (art. 17, 1er alinéa). Cela signifie que le prix ou les modalités de sa détermination sont fixés initialement dans les documents contractuels du marché.

Lorsque le marché est conclu à prix initial définitif, le prix réglé peut cependant être différent du prix prévu en raison de modifications du volume ou de la nature de la prestation. Ces modifications doivent faire l'objet, soit d'un avenant, soit d'une décision de poursuite prise par la collectivité, lorsqu'elles excèdent les limites de variations prévues au marché.

Lorsque le marché a été passé après mise en concurrence, les modifications de volume en dehors des limites contractuelles précisées dans l'appel d'offres doivent rester exceptionnelles. En effet, ces modifications ne sauraient bouleverser l'économie du marché sans contrevenir aux principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures édictés à l'article premier du code des marchés publics.

17.2. Incidence des aléas économiques sur la forme des prix

Les aléas portent sur les fluctuations qui peuvent affecter les éléments du coût de la prestation pendant la durée qui s'écoulera entre le moment où le prix a été établi et la fin de l'exécution de la prestation.

Les documents contractuels doivent définir expressément les conditions prévues pour tenir compte, le cas échéant, des variations des conditions économiques, en référence aux règles fixées par le décret d'application de l'article 17 du code des marchés publics.

Trois éléments doivent permettre à la personne publique contractante de choisir entre forme de prix ferme (le cas échéant actualisable) ou, la forme de prix ajustable ou révisable :

- la nature de la prestation à commander ;

- sa durée d'exécution ;
- l'évolution prévisible de la conjoncture pour cette prestation et pendant cette durée.

L'analyse préalable de ces trois éléments est menée par la personne publique contractante avant le lancement de la consultation. Elle suppose un effort de réflexion et de recherche d'informations concernant la prestation commandée, mais également l'environnement économique dans lequel s'exécutera la prestation. Cette analyse doit permettre à la personne publique de porter un jugement permettant de choisir la forme du prix adaptée aux intérêts des cocontractants.

Pour des marchés comportant des prestations de nature différente identifiées dans des postes distincts (marché global de réalisation pour la défense, notamment), il peut être recouru à plusieurs formes de prix.

17.2.1 Quand choisir un prix ferme, le cas échéant actualisable

Le prix ferme doit être adopté lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante, c'est-à-dire chaque fois qu'il n'y a pas lieu de craindre des mouvements de prix brusques et imprévisibles, eu égard à l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques de la prestation considérée pendant sa période d'exécution (art. 17, 2ème alinéa).

Le prix ferme est, le cas échéant, actualisable pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques entre sa date d'établissement et le début d'exécution des prestations, selon les règles fixées par le décret d'application précité. L'actualisation est de droit pour les marchés de travaux et les marchés de services autres que courants, à savoir ceux pour lesquels l'acheteur public impose des spécifications techniques qui lui sont propres ; elle est facultative pour les marchés de fournitures et services courants.

S'agissant notamment des marchés d'une durée inférieure ou égale à douze mois, dans un contexte de faible inflation, il doit être recouru très généralement à la forme du prix ferme. Toutefois, la nature de la prestation elle-même est également à prendre en considération. Ainsi le prix ferme est-il déconseillé quand le marché met en œuvre des produits ou matières dont les cours évoluent, même sur de courtes périodes, de manière inopinée (produits pétroliers et leurs dérivés par exemple).

Dans le silence du marché, le prix est ferme. Alors le prix de règlement est égal au prix initial figurant au contrat.

17.2.2 Quand choisir un prix ajustable ou révisable

En revanche, si le choix du prix ferme peut exposer le titulaire ou la personne publique contractante à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations, il est recommandé d'adopter le prix ajustable ou le prix révisable. Alors, le prix initial figurant au contrat est modifié pour effectuer le règlement.

Le prix ajustable et le prix révisable sont donc les deux modalités de prix de règlement qui permettent de tenir compte de l'évolution des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Elles sont fondamentalement différentes en ce que :

- l'ajustement s'effectue en fonction d'une référence représentative du prix de la prestation elle-même ;
- la révision s'effectue en fonction d'éléments représentatifs du coût de la prestation.

17.2.2.1. Le prix ajustable

Le prix ajustable est recommandé pour les prestations faisant l'objet d'échanges commerciaux sur le marché. Ces prestations se caractérisent par un prix résultant du jeu de l'offre et de la demande observable et connu. L'évolution du prix est mesurable au moyen d'indices statistiques, d'index ou de publications telles que barèmes, tarifs ou mercuriales. Le marché stipule alors les abattements, rabais ou, plus rarement, majorations

fermes - en valeur absolue ou en pourcentage - à appliquer aux prix de référence ainsi que toutes précisions nécessaires pour définir sans ambiguïté les prix de référence choisis, en particulier les publications où ces prix peuvent être trouvés.

Certains achats sont susceptibles d'ajustements fréquents (papier, par exemple).

La référence à des prix de tarifs ou de catalogues doit être envisagée avec circonspection ; elle ne doit notamment pas exposer l'acheteur public à une dérive incontrôlée du niveau des prix tel qu'il se présentait à l'établissement du marché, suite à un changement de la politique de marge du fournisseur par exemple. Il conviendra par conséquent de toujours veiller à assortir cette référence d'une clause butoir et de sauvegarde.

En définitive, le prix ajustable ne vise donc pas à maintenir la marge commerciale du titulaire, mais à évoluer en proportion de l'évolution du prix de la prestation fixé par le libre jeu de la concurrence.

17.2.2.2. Le prix révisable

Le prix révisable est recommandé pour des prestations pour lesquelles la personne publique contractante impose des spécifications techniques qui lui sont propres. Dans ce cas, le prix n'est ni observable, ni connu. Il découle des éléments de coût entrant dans la réalisation de la prestation. Le prix révisable est modifié en fonction des variations des facteurs objectifs du coût des éléments de la prestation concernés (S.M.I.C., matériaux, matières premières, produits fabriqués, sous-ensembles, énergie, etc.). Il ne tient donc pas compte des facteurs propres au titulaire tels que l'évolution de la productivité, les améliorations ou innovations techniques ou la politique sociale de l'entreprise.

Les formules de révision sont fondées sur des indices de coûts unitaires, en particulier de main d'œuvre ; elles comprennent nécessairement un terme fixe pour représenter l'amélioration de la productivité et la concurrence, qui permettent de contenir voire de réduire les prix, tandis que les coûts des matières premières et de la main d'œuvre dérivent.

17.3. Recommandations pour la rédaction

Lorsque, compte tenu des circonstances économiques du moment et en raison de la durée d'exécution du marché, la personne publique contractante décide de traiter sur la base d'un prix ajustable ou d'un prix révisable, elle doit, lors de la mise en concurrence des candidats, le faire connaître dans les pièces de la consultation et indiquer les conditions de la mise en œuvre de l'ajustement ou de la révision. En effet, la forme du prix – ferme, ajustable ou révisable – peut avoir sur l'ampleur de la concurrence un effet incitatif ou au contraire, dissuasif.

Les conditions de l'ajustement ou de la révision sont, bien entendu, incluses dans le marché et constituent un des éléments qui influent sur les offres de prix. L'introduction, par voie d'avenant, d'une clause d'ajustement ou de révision à un marché passé sur la base d'un prix ferme constituerait une irrégularité grave, de nature à fausser les conditions de la mise en concurrence initiale. Il en est de même des modifications des conditions de mise en œuvre de ces clauses.

Article 18

I - Les marchés négociés peuvent être conclus à prix provisoires dans les cas exceptionnels 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 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 antérieur ne sont pas encore connus ;

3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini au II de l'article 72 du présent code, doivent être 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 antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou la personne responsable du marché, sous réserve que celle-ci ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque, dans le cas de marchés passés pour les besoins de la défense sans mise en concurrence, en application du 4° du III de l'article 35, les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter ne sont pas connus au moment de la négociation du prix du marché. Dans ce cas, seuls font l'objet de prix provisoires les éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter et pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu.

La personne publique contractante peut demander l'introduction dans le cahier des charges du marché d'exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants et vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci sont choisis par le titulaire du marché.

II - Les marchés conclus à prix provisoires précisent :

1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, éventuellement dans la limite d'un prix plafond ;

2° L'échéance à laquelle devra intervenir un avenant pour fixer le prix définitif ;

3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;

4° Les vérifications sur pièces et sur place que l'administration se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

III - Lorsque, pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1er de 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, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires, ils le sont conformément au 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.

18.1. Marchés à prix provisoire : cadre juridique, double limitation du champ d'application

Conformément à l'objectif d'unification des procédures guidant la réforme du code des marchés publics, le recours à la forme des prix provisoires dans les marchés publics est désormais ouvert aux collectivités territoriales et à leurs établissements.

Exceptionnellement, la nécessité peut imposer de commencer l'exécution du marché alors que des inconnues demeurent pour la détermination du prix initial.

Le prix provisoire est un prix qui, tel que défini initialement, nécessite pour le fixer définitivement une négociation. Cette négociation intervient pendant la durée du marché. L'accord entre les parties se concrétise par un avenant fixant le prix définitif du marché, forfaitaire ou assorti d'une clause d'intéressement.

Cette catégorie de marchés demeure donc une exception au principe selon lequel les marchés sont conclus à prix initial définitif, édicté au premier alinéa de l'article 17.

En vertu de l'article 97, le prix provisoire constitue la base d'après laquelle s'opèrent la mobilisation bancaire du marché et le versement d'acomptes.

Hormis le cas spécifique, visé au III de l'article 18, des marchés de maîtrise d'œuvre d'une opération soumise à la loi MOP, le recours au prix provisoire fait l'objet d'une double limitation :

- En premier lieu, il n'est ouvert que dans le cadre d'un marché négocié, procédure dont le champ d'application est lui-même circonscrit à douze cas listés à l'article 35 du code des marchés publics (v. commentaire des articles 34 et 35).

- En second lieu, il n'est permis que dans l'un des cinq cas limitativement énumérés à l'article 18 du même code :

1°) Prestations complexes ou technique nouvelle présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants ; l'urgence - invoquée souvent abusivement - ne suffit pas en soi à justifier le recours au prix provisoire, notamment pas lorsque les services ont retardé sans motif valable la passation d'un marché pour lequel un prix initial définitif aurait pu être arrêté.

2° et 3°) Attente des résultats d'une enquête de coût, analyse effectuée dans la comptabilité du titulaire d'un marché pour déterminer le coût de revient constaté d'une prestation :

- soit au titre d'un marché antérieur (2ème cas),

- soit sur les premières tranches, conclues à prix définitifs, d'un marché dont les dernières tranches sont fixées à prix provisoire (3ème cas).

Le contrôle des coûts de revient n'étant institué qu'à l'égard des marchés publics de l'Etat (articles 126 à 129 du code), ces deux cas ne peuvent concerner les marchés des collectivités territoriales que si ces dernières stipulent dans leurs contrats un dispositif de contrôle des coûts analogue.

4°) Marché de production de série dont les prix sont remis en cause. Cette situation peut notamment se produire lorsque les marchés antérieurs sont anciens et que, de ce fait, l'application d'une formule de mise à jour de prix, avec ou sans partie fixe et abattement de productivité, ne saurait retracer fidèlement l'évolution des coûts des prestations concernées. Sous réserve que la personne responsable du marché ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs, un marché à prix provisoire peut alors être conclu.

5°) Parties en sous-traitance d'un marché passé pour les besoins de la défense, sans mise en concurrence. L'acquisition des grands systèmes d'armes peut nécessiter d'en confier la responsabilité globale de conception, de définition détaillée, de fabrication et de fourniture à un « maître d'œuvre industriel », appelé également ensemblier, intégrateur ou architecte industriel. Les restructurations et concentrations affectant l'industrie d'armement imposent alors souvent le choix de ce maître d'œuvre (monopole de fait ou position dominante). En revanche, celui-ci est alors tenu de recourir à la sous-traitance pour l'acquisition de sous-systèmes ou d'équipements, en faisant largement appel à la concurrence et de façon transparente pour le maître de l'ouvrage.

A cet effet, les modalités de mise en œuvre de cette disposition – notamment quant au choix des sous-traitants – ont lieu d'être soigneusement réglées dans les documents contractuels, en conformité avec la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance (JO du 3 janvier 1976) et à ses textes d'application (circulaires du ministre de l'économie et des finances du 7 octobre 1976, JO du 7 novembre 1976 ; circulaire du 31 janvier 1983, JO du 13 mars 1983).

En toute hypothèse,

- un prix provisoire n'est prévu qu'à concurrence des éléments sous-traités du marché pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu ;

- seul le titulaire du marché principal de maîtrise d'œuvre industrielle demeure personnellement responsable envers le service acheteur de la totalité du marché, même pour la partie sous-traitée.

S'agissant du cas spécifique des marchés de maîtrise d'œuvre d'une opération soumise à la loi MOP, visé au III de l'article 18 du code des marchés publics, le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé prévoit en son article 29 que, « dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du contrat avec le maître d'œuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage. »

18.2. Clauses obligatoires

Elles sont énoncées à l'alinéa II de l'article 18 :

- conditions de détermination du prix définitif ;
- phases ou échéances pour passer un avenant fixant le prix définitif ;
- règles comptables auxquelles le titulaire doit se conformer ;
- le cas échéant, vérifications sur pièces et sur place des éléments techniques et comptables du coût de revient.

18.2.1. Les règles comptables à préciser dans le marché (art. 18-II.3°)

Un soin particulier doit être apporté à la rédaction des clauses édictant les règles comptables visées au 3° du II de l'article 18 du code dans les cas de marchés à prix provisoires. En effet, ces obligations n'étant plus codifiées, elles ne sont désormais opposables *que pour autant qu'elles auront été stipulées dans les documents contractuels.*

Les services contractants doivent donc, dans tous les marchés à prix provisoires, énoncer systématiquement les règles déclinées ci-après, qu'ils aient ou non l'intention d'effectuer une enquête.

18.2.1.1. Les cahiers des charges doivent contenir des clauses par lesquelles les fournisseurs (titulaire(s) du marché et, le cas échéant, sous-traitants) s'engagent :

- à observer les obligations comptables que ces mêmes cahiers définissent ;
- à permettre à l'acheteur public de prendre connaissance des divers documents prévus par ces mêmes obligations.

18.2.1.2. Les fournisseurs doivent identifier chacun des documents concernés par ces obligations comptables afin de permettre le contrôle.

18.2.1.3. La comptabilité des fournisseurs doit retracer, sans omission ni double emploi, avec justification à l'appui, les opérations se rapportant à ce marché et permettre de dégager :

- Les dépenses afférentes aux approvisionnements (matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc.) destinés à entrer dans la composition des prestations qui font l'objet du marché, les frais concernant la main d'œuvre effectivement afférents à l'exécution de ces prestations, ainsi que toutes autres charges individualisées directement applicables au marché.

Les charges directes ainsi visées sont constituées par les dépenses exposées exclusivement pour l'exécution du marché et, de ce fait, imputables en totalité au marché. L'énumération ci-dessus est donc non limitative. Constituent également des charges directes : les frais d'étude, de démarrage et d'essais, qui ne s'appliquent qu'à l'exécution du marché (v. ci-dessous au point 18.2.1.5.).

- Toutes les autres charges, dites indirectes, imputables pour partie seulement au marché.

Les charges indirectes sont les charges générales de l'entreprise qui ne peuvent être individualisées pour le marché considéré et qui, pour cette raison, sont imputables pour une quote-part au marché.

Les écritures spéciales propres à chaque marché sont appuyées de toutes justifications afférentes aux opérations qu'elles retracent ; ces justifications peuvent être constituées par les références aux documents figurant à l'appui de la comptabilité générale de l'entreprise.

18.2.1.4. Préalablement à la passation du marché, l'acheteur public doit demander au candidat de produire les règles de répartition des charges indirectes adoptées par lui en fonction de la structure et des conditions d'exploitation de l'entreprise.

18.2.1.5. Lorsque l'exécution de la prestation faisant l'objet du marché entraîne des frais non permanents (tels que frais d'étude, d'essais, de démarrage, etc.), ces frais sont distingués, dans la comptabilité tenue dans les conditions prévues au 18.2.1.3. ci-dessus, des frais courants et normaux de construction ou de fabrication.

18.2.1.6. Chaque fournisseur dresse :

- un tableau faisant ressortir les éléments de calcul de l'amortissement de ses principales installations ou de ses principaux équipements utilisés pour l'exécution du marché ;
- un état spécial présentant le montant des charges indirectes à répartir suivant les règles adoptées et les répartitions opérées entre le marché considéré et les autres travaux, fournitures ou services.

18.2.1.7. Les commissions versées à des intermédiaires à l'occasion des marchés à prix provisoire doivent être déclarées aux acheteurs publics contractants et portées distinctement dans la comptabilité tenue dans les conditions prévues au 18.2.1.3. ci-dessus.

Les mesures de publicité auxquelles donnent lieu la passation des marchés publics permettent aux entreprises d'avoir aisément connaissance des besoins des acheteurs publics et, par conséquent, de se porter candidates sans l'intervention de tiers. Dès lors, le recours à des intermédiaires doit demeurer exceptionnel.

18.2.1.8. Par dérogation aux dispositions énoncées aux 18.2.1.3., 18.2.1.5., 18.2.1.6. et 18.2.1.7. ci-dessus, il peut être décidé que le fournisseur fera apparaître, dans la comptabilité propre au marché considéré, pour certains éléments du prix, non leur valeur réelle, mais leur valeur établie d'après des bases forfaitaires fixées dans le marché.

Cette faculté est appelée à jouer dans le cas où, ayant déjà fait exécuter des marchés de même nature et procédé à une analyse des éléments de prix, l'acheteur public a des indications suffisantes pour fixer les bases forfaitaires dans un ou plusieurs marchés nouveaux.

18.2.2. Les modalités de contrôle (art. 17-II. 4°)

La nature et les modalités du contrôle auquel doit se soumettre le titulaire du marché sont fixées dans les documents contractuels. Ce contrôle est exercé en application des articles 126 à 129 du code.

Par ailleurs, les enquêtes chez les sous-traitants du titulaire d'un marché ne peuvent être effectuées que si cette disposition a été prévue dans le contrat passé avec l'entreprise titulaire et acceptée par ceux-ci.

Pour un commentaire complet de ces dispositions, voir :

- l'instruction du 15 octobre 1964 pour l'application de l'article 54 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 instituant un droit de contrôle des prix de revient pour certains marchés (JO du 30 octobre 1964) ;

- les directives du Premier ministre du 10 octobre 1969 pour la mise en œuvre d'une méthode rationnelle de négociation des prix et des marges dans les marchés de gré à gré (revue « Marchés publics », n° 85 bis) ;
- la circulaire du ministre de l'économie et des finances du 26 juillet 1971 relative à la pratique des analyses de coûts dans les marchés publics.

L'ensemble de ces textes sont également repris dans le recueil des textes relatifs aux prix dans les marchés publics (brochure n° 2007 éditée par la direction des journaux officiels).

18.2.3. Les modalités propres aux marchés pour les besoins de la défense

En outre, indépendamment de ces obligations communes à l'ensemble des marchés à prix provisoires mais pour les mêmes motifs, dans le cas des marchés passés pour les besoins de la défense, il doit être également spécifié systématiquement que les fournisseurs sont soumis aux contrôles définis par les textes relatifs au régime des matériels de guerre, armes et munitions.

Il s'agit notamment des textes suivants :

- décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, complété par le décret du 6 mai 1995 portant sur le même objet, qui assure la transposition de la directive communautaire du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, ainsi que la transposition partielle de la directive du 5 avril 1993 relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil (JORF, 7 mai 1995, p. 7458) ;
- arrêté interministériel du 20 décembre 2000 définissant le cadre général dans lequel sont déterminés les coûts de revient des prestations des sociétés intervenant dans les domaines de l'aéronautique, de l'espace, des télécommunications et de la construction électronique ;
- cahiers des clauses administratives communes (CAC/DGA : BOA n°24-25 du 19 juin 2000 ; CAC/AFQ/2000 : BOA n°39 du 25 septembre 2000 modifié au BOA n° 44 du 9 octobre 2000).

Ce régime est applicable sauf dérogation prévue par arrêté du ministre de la défense. Cette faculté de dérogation est appelée à jouer lorsque l'administration dispose de tous les éléments qui lui permettent d'apprécier de façon suffisante les prix qui lui sont proposés pour certaines catégories de matériels de guerre. Lorsqu'il en est ainsi, la référence à l'arrêté du ministre de la défense est portée dans les marchés.

18.3. Emploi des prix provisoires et recommandations

Si, compte tenu de l'importance des intérêts en jeu, le prix provisoire peut être admis exceptionnellement pour des marchés d'un montant élevé, il est fortement déconseillé de l'utiliser pour des marchés de faible montant.

Lorsque l'acheteur public ne dispose pas des moyens suffisants pour suivre de près la prestation objet du marché, la méthode du prix provisoire présente des inconvénients sérieux :

- Du point de vue économique, elle induit un risque de dérive des coûts lors de la première étape. Contrairement à ce qui est fréquemment admis, cet inconvénient subsiste si un plafond a été prévu ; en effet, à ce stade, l'intérêt du titulaire est de se rapprocher du prix plafond alors que, le plus souvent, celui-ci n'a pas lui-même fait l'objet au préalable d'une négociation serrée de la part du service acheteur.
- Du point de vue pratique, elle nécessite une enquête comptable exigeant des délais trop longs pour que puissent être, en général, respectées les règles fixées par le code pour transformer le prix provisoire en prix définitif.

Le prix provisoire devient donc souvent très proche d'un prix en dépense contrôlée pure, forme de prix désormais proscrite par le code des marchés publics. Il convient par conséquent d'appliquer au prix

provisoire la règle de la marge définie en valeur absolue - et non en pourcentage - et surtout de limiter le plus possible l'usage de ce système, en recourant de préférence à des clauses d'intéressement.

Lorsque la procédure du prix provisoire est utilisée, il est donc nécessaire de veiller fermement, pour ne pas tendre vers un règlement en dépense contrôlée :

1° à ce que les prix provisoires soient plafonnés et de façon réaliste – à défaut de quoi le marché est vicié par indétermination du prix ;

2° à ce que le prix définitif soit fixé le plus rapidement possible.

C'est pourquoi il convient de bien indiquer dans le marché les phases auxquelles les parties feront le point pour se mettre d'accord sur les éléments de coût à retenir ainsi que le moment (date ou fin d'une phase technique) où un ou des avenants concrétiseront ces accords et notamment le prix définitif (v. la lettre collective n° 144 M du 31 octobre 1972 sur les avenants aux marchés publics, § II, A 1).

La mise en œuvre de clauses d'intéressement dans un marché à prix provisoire peut permettre utilement d'inciter le titulaire à la réduction des coûts.

Chapitre VIII – Avenants

Article 19

Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.

Cet article constitue un rappel à la vigilance sur les conditions d'exécution du marché et le respect de la mise en concurrence initiale.

19.1. Définition de l'avenant

Un avenant est un contrat écrit constatant un accord de volonté des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur.

L'avenant n'est conclu valablement que s'il est signé tant par la personne publique que par le titulaire du marché.

19.2. Objet de l'avenant

19.2.1. Changement des obligations des parties

L'avenant peut modifier les obligations réciproques des parties sur de nombreux points.

S'agissant du prix, le principe est celui de l'irrévocabilité des prix contractuels. Cependant, il est possible de modifier le prix dans des cas exceptionnels d'erreur purement matérielle (CE, 21 mai 1990, Sté Frédéric Roudet). Ce principe, par ailleurs, ne fait pas obstacle à l'indemnisation du cocontractant, en cas de sujétions techniques imprévues ou d'application de la théorie de l'imprévision. Enfin, un avenant au marché initial peut permettre de prendre en compte une durée d'exécution et/ou des frais ou travaux supplémentaires sous réserve qu'il n'y ait pas bouleversement de l'économie du marché et que les conditions de la mise en concurrence initiale ne soient pas remises en cause.

De même, l'avenant peut prévoir, toujours dans les limites de la règle de l'interdiction de bouleverser l'économie du marché, une poursuite des prestations au-delà de la date du terme fixée par le marché.

L'avenant ne pourra toutefois pas avoir pour effet de prolonger le marché au-delà de la durée maximale prévue par le code pour certains types de marchés (exemple 3 ou 5 ans selon les cas de marchés à bons de commande). Si la durée du marché atteint déjà ces durées maximales, le marché ne peut être prolongé.

Enfin et toujours dans les mêmes limites, l'avenant peut également modifier d'autres obligations réciproques des parties. Il peut notamment s'agir de la définition technique de la prestation, de la variation dans la masse des travaux ou des fournitures, des délais d'exécution, du lieu de réalisation ou de livraison des prestations, du paiement direct des sous-traitants ou du mode de règlement.

19.2.2. Changement de la personne publique cocontractante

L'avenant a également vocation à régir les changements qui peuvent affecter la personne publique contractante (exemples : cession volontaire du marché, fusion de communes ou d'établissements publics). Ce n'est cependant pas nécessaire lorsque le transfert s'effectue entre services de l'Etat, celui-ci étant une seule et unique personne publique.

19.2.3. Changement du titulaire du marché

De même, les modifications affectant la personne du titulaire du marché doivent donner lieu dans certains cas à la passation d'un avenant. A titre d'exemples, on peut citer : le décès du cocontractant, l'apport du marché par son titulaire à une société ou à un GIE, la disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle, la cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers.

Dans ces hypothèses, l'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 a précisé que la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique. Aussi, après appréciation des garanties professionnelles et financières que peut apporter le cessionnaire reprenant le contrat, pour assurer la bonne fin du contrat, la personne publique cocontractante peut autoriser la cession. Si la cession lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat, la collectivité publique est tenue de refuser son autorisation de cession.

En revanche, un avenant n'est pas nécessaire dans les cas suivants : reprise du contrat par l'administrateur judiciaire lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, changement n'affectant pas la forme juridique de l'entreprise mais sa raison sociale ou sa domiciliation, changement de la structure de l'entreprise n'entraînant pas la création d'une nouvelle personne morale (par exemple : transformation d'une S.A.R.L. en S.A.), changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire.

19.3. L'avenant ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet

Modifier par avenant le marché, que ce soit en quantité ou en qualité des prestations prévues au départ peut avoir pour effet de remettre en cause a posteriori le respect des règles de publicité et de mise en concurrence. Un avenant bouleversant l'économie du marché ne constitue pas un avenant mais un nouveau contrat, un marché distinct du marché initial.

Pour définir la notion de « bouleversement de l'économie du contrat », il convient de procéder soit à une évaluation quantitative de l'augmentation du marché entraînée par les nouvelles prestations, soit à une analyse de la portée des modifications sur le contrat initial.

Aucun texte ne fixe de limite chiffrée sous la forme d'un pourcentage en plus ou en moins du montant initial du marché au-delà de laquelle les avenants bouleverseraient l'économie du contrat et présenteraient un caractère illégal. L'appréciation de la validité des avenants doit s'effectuer au cas par cas, en fonction des circonstances de fait propres à chaque espèce.

Par ailleurs, sont irréguliers les avenants relatifs à une prestation sans lien avec l'objet initial du marché.

19.4. L'exception des sujétions techniques imprévues

Des avenants qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat sont autorisés dans l'hypothèse où le titulaire s'est trouvé confronté à des sujétions techniques imprévues. Dans ce cas en effet les théories jurisprudentielles ouvrent au co-contractant de l'administration un droit à indemnité couvrant les charges supportées par l'entreprise, et non prévues au contrat, afin d'assurer la continuité du service public. L'avenant concrétise ce droit à indemnité.

TITRE III – PASSATION DES MARCHES

Chapitre I – Organes de l'achat public

Section 1 – La personne responsable du marché

Article 20

La personne responsable du marché est la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique.

Pour l'Etat, la liste de ces personnes est établie dans chaque département ministériel par arrêté du ministre. Cet arrêté précise, le cas échéant, les catégories de marchés qui, en raison de leur nature ou de leur montant, sont soumis à la signature du ministre.

Pour les établissements publics de santé et médico-sociaux, la personne responsable est le directeur de l'établissement.

L'article 20 définit et clarifie les attributions de l'autorité compétente en matière de passation de marchés, qui est personnellement responsable de la passation et de la bonne exécution du marché.

20.1. Désignation de la personne responsable du marché (PRM)

Cet article ne traite de la désignation de la PRM que pour l'Etat et les établissements publics de santé et médico-sociaux.

Pour les collectivités territoriales, les problèmes de compétence sont réglés par le code général des collectivités territoriales (articles L. 2122-19 et suivants pour les communes).

Toutefois, il convient de préciser que, dans le but d'assurer une parfaite concordance des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives aux attributions du maire, du président du conseil général et du président du conseil régional, le projet de loi portant diverses mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (MURCEF) prévoit de confier au président du conseil général et au président du conseil régional la compétence de conclure des marchés sans formalités préalables en raison de leur montant, par délégation du conseil général ou du conseil régional. Cette faculté est, en effet, en l'état actuel des textes, reconnue au seul maire. Selon ce projet de loi, le président du conseil général et le président du conseil régional devraient pouvoir, par délégation de l'assemblée délibérante, être chargés, pour la durée de leur mandat, de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, fournitures et services, qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget.

Pour les établissements publics nationaux ou locaux, autres que ceux visés à cet article, ce sont les textes qui les créent qui désignent la personne responsable du marché.

Pour l'Etat, chaque ministre désigne ès qualités par voie d'arrêté les personnes responsables des marchés relevant de son département. Pour les services déconcentrés placés sous l'autorité du préfet, ce dernier est personne responsable du marché, mais à l'instar du ministre, il peut à son tour désigner des personnes responsables des marchés parmi les responsables des services déconcentrés.

La désignation de la PRM relève de la délégation de compétence. C'est à dire que la délégation subsiste même si le titulaire du poste change (à la différence de ce qui se passe dans la délégation de signature). Cette délégation de compétence est prise au niveau central par le ministre y compris pour les services déconcentrés qui ne sont pas sous l'autorité du préfet.

20.2. La personne responsable du marché signe le marché

La signature par la PRM de l'acte d'engagement déjà signé par le candidat dans le cadre de la présentation de l'offre constitue la conclusion du marché.

L'obligation de signature s'étend aux avenants au marché. Des avenants non signés ne créent aucun lien contractuel alors même qu'ils auraient été établis avec l'autorité administrative compétente.

20.3. La compétence du signataire

Le marché doit être, à peine de nullité, signé par la personne compétente pour le faire. L'incompétence de la personne signataire constitue une nullité absolue, non susceptible de régularisation, qui peut être invoquée par le cocontractant à tout moment, y compris pour la première fois en appel et qui doit être soulevée d'office par le juge.

20.4. Le rôle de la PRM

Le rôle de la personne responsable du marché est variable selon qu'il s'agit de l'Etat et de ses établissements publics ou des collectivités locales et de leurs établissements publics. Il est plus important pour l'Etat car c'est la PRM qui attribue le marché.

Les établissements publics de santé et médico-sociaux relèvent d'un régime spécifique puisque, bien qu'étant des établissements publics locaux, leur PRM a les mêmes compétences que les PRM de l'Etat.

20.4.1. Les fonctions communes à toutes les PRM

A partir de la signature du marché, les fonctions de la PRM sont communes, qu'il s'agisse de l'Etat et de ses établissements publics ou des collectivités territoriales et de leurs établissements, sous réserve, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics qu'il n'y ait pas de modification substantielle du marché. Ainsi, un maire qui a signé un marché ne peut pas signer un avenant à ce marché sans nouvelle délibération du conseil municipal.

Dans tous les cas, la PRM notifie le marché, procède à la réception, et règle le solde. Elle peut également accepter un ou plusieurs sous-traitant.

De plus, en amont de la signature du marché, entrent notamment dans ses attributions :

- la publication de l'avis de pré-information ;
- le choix du mode de dévolution du marché (lots ou marché unique : art.10) ;
- la décision de recourir aux délais d'urgence ;
- le choix de la procédure de passation du marché dans le respect des règles du code ;

- la hiérarchisation des critères et la décision d'ajouter aux critères prévus par le code des critères particuliers dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation dans les procédures autres que l'appel d'offres ;
- la publication de l'avis d'appel public à la concurrence ;
- la négociation des contrats ;
- le choix du titulaire du marché pour les marchés de l'Etat et de ses établissements publics
- l'attribution, sur proposition du jury, des primes dans le cas du concours ;
- l'établissement de la liste des candidats admis à remettre une offre dans les procédures de mise en concurrence simplifiée et la motivation du rejet des candidatures non retenues ;
- l'acceptation des sous-traitants éventuels ;
- l'établissement du rapport de présentation du marché.

20.4.2. Les fonctions propres aux PRM de l'Etat et aux PRM des établissements publics de santé et médico-sociaux

Pour l'Etat et ses établissements publics ainsi que les établissements publics de santé et médico-sociaux, la PRM dirige la procédure. Après avis de la commission d'appel d'offres, elle procède notamment aux opérations suivantes :

- dans les procédures d'appel d'offres restreint, elle dresse la liste des candidats autorisés à présenter une offre, élimine les offres non conformes ;
- elle choisit l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- elle rejette l'offre anormalement basse ;
- elle attribue le marché ;
- elle déclare l'appel d'offres infructueux ou sans suite et informe les candidats.

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, autres que les établissements publics de santé et médico-sociaux, ces fonctions sont exercées par la commission d'appel d'offres.

20.4.3. Les actes d'exécution d'un marché peuvent être pris par des personnes expressément désignées par la personne responsable du marché et placées sous son autorité

Il en va ainsi des bons de commande, des ordres de service ou les actes afférents à la remise en compétition dans le cadre de certains marchés à bons de commande prévus à l'article 72 du code, ainsi que des actes de gestion courante.

Section 2 - La commission d'appel d'offres

Article 21

Pour l'Etat et ses établissements publics, la composition et les modalités de fonctionnement des commissions d'appel d'offres sont fixées :

1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat et les services à compétence nationale, par le ministre dont ils dépendent ;

2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat, par le préfet ;

3° En ce qui concerne les établissements publics, par les règles propres à chaque établissement.

Un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est membre de la commission avec voix consultative.

L'article 21 est relatif aux commissions d'appel d'offres de l'Etat et de ses établissements publics.

La commission d'appel d'offres est un organe collégial appelé à intervenir dans les procédures d'appel d'offres (ouvert, restreint, sur performances) et également dans les procédures de mise en concurrence simplifiée. Elle n'intervient pas dans les marchés négociés.

21.1. La composition et le fonctionnement de la commission

L'article 21 laisse aux autorités compétentes de l'Etat la plus grande liberté pour déterminer la composition et le fonctionnement de ses commissions.

La seule obligation concerne la présence du représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, membre de la commission avec voix consultative. Quelle que soit sa forme, la personne responsable du marché doit pouvoir justifier qu'elle a bien effectué cette convocation.

La composition de la commission d'appel d'offres est donc très libre, que ce soit pour les administrations centrales ou pour les services déconcentrés. Ainsi, d'autres membres peuvent faire partie de la commission et notamment, les comptables.

21.2. Le rôle de la commission d'appel d'offres

Contrairement à ce qui se passe pour les marchés des collectivités territoriales, elle ne joue pour les marchés de l'Etat qu'un rôle purement administratif et consultatif décrit au chapitre 3 du présent titre relatif au déroulement des procédures. Pour la personne responsable du marché, la commission d'appel d'offres est une aide à la décision.

Dans ce cadre, elle procède notamment à l'ouverture des enveloppes relatives aux candidatures ainsi qu'à l'ouverture des enveloppes contenant les offres ; elle émet un simple avis sur l'élimination des offres non conformes à l'objet du marché, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, l'attribution du marché et, le cas échéant, la déclaration de l'appel d'offres infructueux ou les avenants ayant pour effet d'augmenter le montant du marché de plus de 5%. Il est cependant à noter qu'en matière d'appel d'offres restreint son rôle est plus important car l'élimination des offres non conformes ou inacceptables doit se faire sur proposition de la commission.

Conformément à l'article 23, elle dresse procès-verbal de ses réunions.

Article 22

I - Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, la commission d'appel d'offres est composée des membres suivants :

a) Lorsqu'il s'agit d'une région, le président du conseil régional ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

b) Lorsqu'il s'agit d'un département, le président du conseil général ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

c) Lorsqu'il s'agit d'une commune de 3 500 habitants et plus, le maire ou son représentant, président, et cinq membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

d) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, le maire ou son représentant, président, et trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

e) Lorsqu'il s'agit d'un établissement public de coopération intercommunale ou d'un syndicat mixte, le président de cet établissement ou de ce syndicat ou son représentant, président, et un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé, désignés par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat. Toutefois, si ce nombre ne peut être atteint, la commission est composée des membres de l'assemblée délibérante de l'établissement de coopération intercommunale ;

f) Lorsqu'il s'agit d'un autre établissement public local, le représentant légal de l'établissement ou son représentant, président, et deux membres de l'organe délibérant, désignés par celui-ci.

Lorsqu'il s'agit d'un office public d'habitations à loyer modéré ou d'un office public d'aménagement et de construction soumis aux règles de la comptabilité publique, la commission comprend en outre un représentant du ministre chargé du logement ;

g) Lorsqu'il s'agit d'un établissement public de santé ou d'un établissement public médico-social, le représentant légal de l'établissement ou son représentant, président, ainsi que deux membres de l'organe délibérant désignés par celui-ci.

II - Dans tous les cas énumérés ci-dessus, il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui des membres titulaires.

III - Pour les collectivités mentionnées au a, b, c et d du I, l'élection des membres titulaires et des suppléants a lieu sur la même liste, sans panachage, ni vote préférentiel. Les listes peuvent comprendre moins de noms qu'il n'y a de sièges de titulaires et de suppléants à pourvoir.

En cas d'égalité des restes, le siège revient à la liste qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages. Si les listes en cause ont également recueilli le même nombre de suffrages, le siège est attribué au plus âgé des candidats susceptibles d'être proclamés élus.

Il est pourvu au remplacement d'un membre titulaire de la commission d'appel d'offres par le suppléant inscrit sur la même liste et venant immédiatement après le dernier titulaire élu de ladite liste. Le remplacement du suppléant, ainsi devenu membre titulaire, est assuré par le candidat inscrit sur la même liste, immédiatement après ce dernier.

Il est procédé au renouvellement intégral de la commission d'appel d'offres lorsqu'une liste se trouve dans l'impossibilité de pourvoir, dans les conditions telles que prévues à l'alinéa précédent, au remplacement des membres titulaires auxquels elle a droit.

IV. - Sont convoqués et peuvent participer aux réunions de la commission d'appel d'offres :

1° Le comptable public ;

2° Un représentant du directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

3° Un représentant du service technique compétent pour suivre l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité lorsque la réglementation impose le concours d'un tel service ou lorsque le marché porte sur des travaux subventionnés par l'Etat ;

4° Des personnalités désignées par le président de la commission en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres ;

5° Dans le cas des établissements publics de santé et des établissements publics médico-sociaux, un représentant du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales.

V - Ont voix délibérative les membres mentionnés au I. En cas de partage égal des voix, le président a voix prépondérante.

Ont voix consultative les membres mentionnés au IV. Leurs avis sont, sur leur demande, consignés au procès-verbal.

L'article 22 concerne la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, y compris les établissements publics de santé et médico-sociaux.

22.1. Composition de la commission

La désignation des membres de la commission pour les collectivités territoriales est, à l'inverse de ce qui existe pour l'Etat, réglementée qu'il s'agisse des membres à voix consultative ou à voix délibérative.

La commission doit être régulièrement composée. Sa composition irrégulière constitue une cause de nullité de la procédure.

L'article 22 reprend les termes de l'article 34 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, qui prévoit la désignation des membres des commissions d'appel d'offres des collectivités territoriales par l'assemblée délibérante selon un principe de représentativité.

Pour les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), la commission d'appel d'offres est désignée à la représentation proportionnelle. En effet, ce mode de désignation est fixé par l'article L.5211-1 qui renvoie au troisième alinéa de l'article L.2121-22 alinéa 3 du code général des collectivités territoriales.

Le code décrit le mode d'élection des membres élus des commissions et prévoit l'élection ou la désignation de suppléants pour tous les titulaires. Désormais, un membre titulaire définitivement empêché sera remplacé par un suppléant dans les conditions du III de l'article 22, sans qu'il soit nécessaire de réélire l'ensemble des membres, titulaires et suppléants, de la commission d'appel d'offres. Il ne pourra y avoir de désignation de suppléant pour une impossibilité momentanée de siéger du titulaire.

Le maire, le président du conseil général et le président du conseil régional ne peuvent désigner comme représentant un membre élu de la commission.

En revanche, le président peut appeler à siéger en commission, avec voix consultative, des personnalités en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres.

Les membres intéressés à la conclusion du marché ne peuvent prendre part aux travaux de la commission d'appel d'offres, sous peine de risquer de commettre une infraction pénale relative à la prise illégale d'intérêt et de conduire sur le plan administratif à l'annulation de la décision d'attribution du marché.

22.2. Rôle de la commission

Conformément aux dispositions du chapitre 3 du présent titre relatif au déroulement des procédures, elle joue un rôle central dans la procédure de passation des marchés des collectivités territoriales.

Ainsi, c'est elle qui élimine les offres non conformes à l'objet du marché, peut déclarer l'appel d'offres infructueux et attribue le marché.

Article 23

Les convocations aux réunions de la commission mentionnée aux articles 21 et 22 doivent avoir été adressées à ses membres au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion.

Le quorum est atteint lorsque la moitié plus un des membres ayant voix délibérative sont présents.

Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission d'appel d'offres est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

La commission d'appel d'offres dresse procès-verbal de ses réunions. Tous les membres de la commission peuvent demander que leurs observations soient portées au procès-verbal.

Cet article relatif au fonctionnement de la commission d'appel d'offres est commun à l'Etat et aux collectivités territoriales.

23.1. La convocation

Elle n'est soumise à aucune condition de forme.

Tous les membres composant une commission doivent être convoqués. La formalité est substantielle, qu'il s'agisse des membres à voix délibérative ou des membres à voix consultative. Son omission entache la procédure d'irrégularité. L'irrégularité due à l'absence de convocation n'est pas couverte par le fait que, sans participer à la délibération, l'intéressé a fait connaître son avis.

23.2. Le délai franc

Le délai franc de cinq jours se calcule ainsi : il ne comprend pas la date d'envoi de la convocation (dies a quo), ni celui de la réunion de la commission (dies ad quem). Si la commission doit se réunir le 8 mars, la convocation doit être envoyée le 2 mars. Si le 5 mai l'autorité compétente veut convoquer la commission, la réunion ne peut avoir lieu avant le 11 mai. Bien entendu, un délai plus long peut être utilisé.

Ce délai vaut également pour la deuxième convocation.

23.3. Le quorum

Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres à voix délibérative est présent.

Il est donc de 4 membres en ce qui concerne la région, le département et la commune de plus de 3500 habitants. Ce quorum est de trois membres pour les communes de moins de 3500 habitants. Il est de deux pour les établissements publics de santé. Il inclut nécessairement la personne du président de la commission.

Le quorum doit être atteint non seulement pour les débats, mais également lors du vote de la commission.

La condition de quorum disparaît lorsque, après une première convocation, le quorum n'ayant pas été atteint, il y a une deuxième convocation. On peut toutefois recommander la présence d'au moins deux membres à voix délibérative pour la tenue d'une réunion.

Les membres à voix consultative ne sont pas inclus dans le calcul du quorum. Leur absence, s'ils ont été également convoqués, n'empêche en aucune façon la tenue de la commission.

23.4. Le procès-verbal

Au fur et à mesure des opérations d'ouverture, la commission d'appel d'offres dresse un procès-verbal qui n'est pas rendu public, c'est-à-dire qui n'est pas affiché, ni publié. Ce procès verbal est signé par les membres de la commission présents. Copie en est transmise à tous les membres de la commission.

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a toutefois estimé, dans un avis du 29 septembre 1992, que ce procès-verbal était communicable aux candidats qui en feraient la demande en application de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978. Les documents administratifs non nominatifs sont communicables aux termes de l'article 2 de la loi précitée.

En son article 6, cette loi prévoit un certain nombre d'exceptions à la communicabilité, notamment pour assurer le respect du secret en matière industrielle et commerciale et le secret de la vie privée. Si donc figuraient au procès-verbal des éléments susceptibles d'être frappés par l'un des secrets protégés, ils devraient être masqués.

Le Conseil d'Etat estime que la partie d'un contrat comportant les noms et prénoms du titulaire ne constitue pas, de ce seul fait, un document nominatif, mais il réserve le cas où le contrat aurait porté l'adresse ou la date de naissance de l'individu, éléments dont la divulgation n'est pas permise.

Pour faciliter éventuellement les opérations d'ouverture de plis, il est possible d'utiliser les modèles de formulaires de procès-verbal qui sont disponibles par voie électronique.

Section 3 - La commission de l'appel d'offres sur performances

Article 24

Pour l'appel d'offres sur performances, la commission est composée des membres de la commission d'appel d'offres auxquels sont adjointes des personnalités désignées en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres. Ces personnalités sont désignées par la personne responsable du marché. Le nombre de ces personnalités est égal au tiers du nombre des membres de la commission d'appel d'offres ainsi créée. Pour les marchés des collectivités territoriales, ces personnalités ont voix consultative. Pour les marchés de l'Etat, ces personnalités ont voix délibérative.

24.1. Composition

La commission d'appel d'offres sur performances est composée à partir des membres de la commission d'appel d'offres (CAO) de droit commun.

Il y a donc lieu de se reporter aux règles qui régissent la composition de la CAO de droit commun, c'est-à-dire respectivement à l'article 21 pour les règles de composition des CAO de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'article 22 pour la composition de la CAO des collectivités locales et de leurs établissements publics, et à l'article 8 § III pour la CAO des groupements de commandes.

En revanche, la désignation de personnalités compétentes fait l'objet de dispositions spécifiques dans le présent article, et ne suit donc pas les règles de droit commun. Ceci doit donc conduire notamment à écarter l'article 22, § IV, 4°.

24.2. Désignation de personnalités en raison de leur compétence

Aux membres de droit commun, sont adjointes des personnalités désignées par la personne responsable du marché en raison de leur compétence. Cette compétence est appréciée objectivement au regard de l'objet de l'appel d'offres sur performances.

Ceci implique donc que le choix de ces personnalités ne peut se faire pour tous les appels d'offres sur performances à passer, mais doit s'opérer au cas par cas en fonction de l'objet particulier de chaque appel d'offres sur performances.

Ces personnalités compétentes doivent être en nombre égal au tiers du nombre total des membres de la commission à créer. Ainsi, lorsque la commission est à constituer à partir d'un nombre de membres, hors personnalités compétentes, égal à 8, il faudra la compléter par 4 personnalités compétentes, soit un total de 12 membres composant la commission d'appel d'offres sur performances. Les 4 personnalités compétentes représentent bien le 1/3 de la commission.

Ces personnalités ont un rôle qui varie selon la personne publique en cause. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, elles ont voix consultative. Pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, elles ont en revanche voix délibérative.

Section 4 - Le jury de concours

Article 25

Le jury de concours est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours.

Pour l'Etat et ses établissements publics, les membres du jury de concours sont désignés dans les conditions prévues au I de l'article 21.

Pour les collectivités territoriales, les membres du jury sont désignés dans les conditions prévues au I de l'article 22.

Pour les groupements de commandes mentionnés à l'article 8, les membres du jury sont les membres de la commission d'appel d'offres prévue au III de l'article 8.

La personne responsable du marché peut en outre désigner comme membres du jury des personnalités dont elle estime que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, sans que le nombre de ces personnalités puisse excéder cinq.

En outre, lorsqu'une qualification ou expérience particulière est exigée des candidats pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doivent avoir la même qualification ou la même expérience. Ils sont désignés par la personne responsable du marché.

Tous les membres du jury ont voix délibérative.

Un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ainsi que le comptable public ou son représentant pour les collectivités territoriales sont invités et peuvent assister avec voix consultative aux réunions du jury ; leurs observations sont consignées au procès-verbal à leur demande.

L'article 25 relatif à la composition des jurys de concours s'applique aux concours dont la procédure de passation est déterminée aux articles 38, 71 et 74-II.

En revanche, il ne s'applique pas à la procédure de conception-réalisation qui est régie par des dispositions particulières (articles 37 et 70).

25.1. Composition

Le jury de concours est désigné spécifiquement pour chaque opération. Il est constitué à partir de la commission d'appel d'offres du III de l'article 8 (pour les groupements de commande) ou à partir d'une

commission d'appel d'offres composée dans les conditions définies aux articles 21 (pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial) et 22 du code (pour les collectivités locales et leurs établissements publics).

En revanche, des règles spécifiques visent les personnalités compétentes. Ce sont ces règles, exposées ci-après, qu'il convient d'appliquer pour ces personnalités et non les règles de droit commun appliquées aux commissions d'appel d'offres.

25.2. Personnalités désignées et personnes qualifiées

Àux membres de la commission d'appel d'offres, la personne responsable du marché peut adjoindre d'autres membres.

25.2.1. Les personnalités désignées

La PRM peut adjoindre, de manière facultative, des personnalités dont la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du marché, au maximum au nombre de cinq (mentionnées dans la suite du commentaire sous le terme « personnalités »). Il peut s'agir, par exemple, du principal du collègue devant être reconstruit.

25.2.2. Les personnes qualifiées

Il est obligatoire, lorsqu'une qualification ou une expérience particulière est exigée des candidats, qu'un tiers au moins des membres du jury ait la même qualification ou la même expérience. La PRM désigne, le cas échéant, des personnalités afin de satisfaire à cette exigence. Ainsi, en matière de maîtrise d'œuvre, les personnes qualifiées désignées par la personne responsable du marché seront des maîtres d'œuvre.

Les personnes qui siègent en qualité de personnes qualifiées, à raison de leur expérience, compétence ou des fonctions qu'elles exercent, sont désignées nominativement en raison de leur expérience professionnelle ou de leur qualification par rapport à la prestation qui fait l'objet du marché. Elles ne siègent pas en tant que représentantes d'une collectivité, d'un organisme professionnel ou d'un syndicat.

Le calcul du tiers de personnes qualifiées étant opéré par rapport au jury, n'entrent dans le calcul du nombre de membres de jury, ni le représentant de la DGCCRF ni le comptable public. Sont en revanche incluses les personnalités mentionnées au point 25.2.1. Cette disposition ne porte que sur la composition du jury.

Enfin, cette condition porte sur la composition du jury, mais ne constitue pas une condition de réunion du jury, qui reste donc régie par les règles générales permettant de déterminer le quorum.

25.3. Indépendance du jury

Le jury est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours.

Le principe général d'impartialité qui s'impose à toutes les autorités administratives est réaffirmé de manière particulièrement forte par les directives européennes s'agissant des jurys de concours. Par exemple, l'article 13-6 de la directive 92/50/CEE « services » prévoit que « le jury est composé exclusivement de personnes physiques indépendantes des participants au concours. »

Ceci implique, pour la composition du jury, de porter une attention toute particulière au choix de ses membres, en évitant toute personne susceptible d'être liée à un candidat potentiel. Si un candidat s'avérait lié à un des membres du jury, il y aurait lieu de procéder à son remplacement.

En revanche, aucune obligation d'indépendance n'est posée par rapport à la personne publique qui passe le marché. Ainsi, les personnalités et les personnes qualifiées peuvent être des fonctionnaires ou des élus. Toutefois, un fonctionnaire ou un élu qui siège à un autre titre dans le jury ne peut être désigné comme personnalité ou personne qualifiée.

25.4. Fonctionnement du jury de concours

Les règles de quorum et de convocation définies à l'article 23 pour les commissions d'appel d'offres s'appliquent également au jury de concours.

Chapitre 2 – Définition des procédures

Article 26

Les marchés sont passés sur appel d'offres. Toutefois, ils peuvent être passés selon la procédure de mise en concurrence simplifiée dans le cas prévu à l'article 32, selon une procédure négociée dans les cas prévus à l'article 35, selon la procédure du concours dans les cas prévus à l'article 38, selon les autres procédures spécifiques mentionnées à la section 5 du présent chapitre, ou encore selon les procédures prévues à l'article 74 pour les marchés de maîtrise d'œuvre. Ils peuvent aussi être passés sans formalités préalables dans les cas prévus aux articles 28 à 31.

Cet article rappelle que la procédure d'appel d'offres peut être utilisée quel que soit le montant du marché. Cette procédure apporte de très grandes garanties en terme de transparence, de collégialité des décisions et de mise en concurrence.

Cependant, lorsque le montant des prestations à réaliser est inférieur à un certain seuil ou que les caractéristiques du marché le justifient, il est possible de recourir aux procédures définies aux articles : 28 à 31 (marchés sans formalités préalables), 32 (mise en concurrence simplifiée), 35 (marchés négociés), 36 et 37 (appel d'offres sur performances et marchés de conception-réalisation), 38 (concours) et 74 (marchés de maîtrise d'œuvre).

Article 27

Lorsqu'il est fonction d'un seuil, le choix de la procédure applicable est déterminé dans les conditions suivantes :

I - En ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur de tous les travaux se rapportant à une même opération ou à un même ouvrage, quel que soit le nombre d'entrepreneurs auxquels la personne responsable du marché fait appel.

II - En ce qui concerne les fournitures, est prise en compte, quel que soit le nombre de fournisseurs auxquels la personne responsable du marché fait appel :

a) si les besoins de la personne publique donnent lieu à un ensemble unique de livraisons de fournitures homogènes, la valeur de l'ensemble de ces fournitures ;

b) si les besoins de la personne publique donnent lieu à des livraisons récurrentes de fournitures homogènes, la valeur de l'ensemble des fournitures correspondant aux besoins d'une année.

Le caractère homogène des fournitures est apprécié par référence à une nomenclature définie par arrêté interministériel.

III - En ce qui concerne les services, est prise en compte, quel que soit le nombre de prestataires auxquels la personne responsable du marché fait appel :

a) si les besoins de la personne publique donnent lieu à un ensemble unique de prestations homogènes et concourant à une même opération, la valeur de l'ensemble de ces prestations ;

b) si les besoins de la personne publique donnent lieu à des réalisations récurrentes de prestations homogènes et concourant à une même opération, la valeur de l'ensemble des prestations correspondant aux besoins d'une année ;

c) si les besoins de la personne publique donnent lieu à la réalisation continue de prestations homogènes, la valeur de l'ensemble de ces prestations sur la durée totale de leur réalisation.

Le caractère homogène des prestations de services est apprécié par référence à une nomenclature définie par arrêté interministériel.

IV - En ce qui concerne les marchés comportant des lots, est prise en compte la valeur estimée de la totalité des lots.

Le choix de la procédure à mettre en œuvre se détermine en fonction d'un seuil, c'est-à-dire après avoir estimé le montant et les caractéristiques des prestations à réaliser, ou en fonction de la nature et des caractéristiques du marché qui autorisent des procédures particulières, notamment négociées.

Lorsque le choix de la procédure dépend d'un seuil, le mode de calcul du montant du marché revêt une importance particulière.

Alors que le précédent code était muet sur ce point, l'article 27 donne aux acheteurs publics une méthode unique pour évaluer le montant du marché à conclure déclinée selon qu'il s'agit de marchés de travaux, de fournitures ou de services. En effet, les éléments à prendre en compte pour le calcul de ce montant sont différents selon la catégorie de marchés.

Le résultat de ce calcul permet de choisir la procédure la plus adaptée et la méthode est valable pour tous les seuils fixés par le code : le seuil de 90 000 €H. T. au-delà duquel les marchés sans formalités préalables ne sont plus autorisés ou les seuils de 130 000 €H. T. et 200 000 €H. T. à partir desquels l'appel d'offres est imposé (hors cas spécifiques autorisant la procédure allégée ou le marché négocié).

Ce mode de calcul s'appuie, pour ce qui concerne les fournitures et les services, sur une nomenclature intervenant sous la forme d'arrêté interministériel. Pour les modalités d'entrée en vigueur de l'article 27 du code et de l'arrêté interministériel, se reporter à l'avertissement en tête de la présente instruction.

27.1. Caractéristiques communes à tous les marchés

Avant d'examiner les caractéristiques propres à chacune des trois catégories de marchés identifiées, il convient d'insister sur un certain nombre de points communs.

27.1.1. Importance de la définition des besoins

La définition précise d'un mode de computation des seuils confirme la nécessité pour la personne responsable du marché d'analyser et déterminer précisément ses besoins avant toute décision de passation d'un marché.

En effet, il suffit qu'un nouveau marché ou un avenant ou une décision de poursuivre porte le montant de l'opération au-dessus de l'un des seuils pour que la procédure liée à ce seuil soit irrégulière, ce qui est susceptible d'entraîner l'annulation du marché.

27.1.2. Computation des seuils par PRM

La comparaison du montant des achats aux seuils prévus par le code des marchés publics est réalisée par personne responsable des marchés.

En conséquence, lorsque la personne responsable du marché autorise, sous son autorité, certaines personnes à procéder à des achats sur factures ou travaux sur mémoires, c'est le montant total des achats effectués de la sorte qui est comparé aux seuils en vigueur.

27.1.3. Calcul indépendant du nombre de fournisseurs

La valeur des travaux, fournitures ou services à prendre en compte ne peut être calculée par fournisseur ou prestataire. L'article 27 transpose les dispositions des directives européennes « marchés publics » relatives au mode de computation des seuils, et indique clairement que désormais il convient de cumuler les achats confiés à plusieurs prestataires s'ils sont relatifs à un même objet et répondent au mode de calcul défini dans cet article.

27.2. Les marchés de travaux

A la différence des marchés de fournitures ou de services, il n'est pas prévu de recourir à une nomenclature pour comparer le montant des achats réalisés par une personne responsable des marchés aux seuils fixés par le code des marchés publics.

Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, il convient de globaliser tous les travaux se rapportant à un même ouvrage ou une même opération. Ces deux notions méritent une définition.

27.2.1. La notion d'ouvrage

Le terme « ouvrage » est défini par les directives « travaux » et « secteurs spéciaux » comme le « résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Cette notion a fait l'objet de précisions données par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt « Syndicat d'électrification de la Vendée » du 5 octobre 2000. Pour déterminer si des travaux d'entretien et d'extension sur des réseaux existants doivent être regardés comme portant sur un ouvrage unique, ou des ouvrages distincts, il convient d'apprécier la fonction économique et technique que remplissent ces réseaux.

Au cas particulier, tenant compte d'une part du fait que les « réseaux » intercommunaux sont interconnectables, d'autre part de la simultanéité des consultations et de la coordination assurée par le SYDEV, la Cour a jugé qu'il n'existait dans le département de la Vendée qu'un seul réseau de distribution électrique, le fait que les travaux de renforcement ou d'extension du réseau soient gérés et pris en charge dans chaque canton par un syndicat intercommunal distinct étant sans importance. En revanche, la Cour a estimé qu'il existait autant de réseaux d'éclairage public que de syndicats intercommunaux, dès lors que ces réseaux ne sont pas, d'un point de vue technique, nécessairement interdépendants, et que chaque syndicat intercommunal supporte la charge financière résultant de l'exploitation de son réseau.

Cette notion est concrète et l'évaluation d'un marché de construction d'un bâtiment paraît assez facile à cerner.

27.2.2. La notion d'opération

La définition de l'opération est plus complexe bien que clarifiée par des jurisprudences récentes.

Pour qualifier la notion d'opération la jurisprudence se réfère à un certain nombre d'indices, comme en particulier le contenu même des prestations, la similitude de leurs modalités de réalisation et la concomitance

des décisions d'achats. Des prestations connexes, se rattachant à un même ensemble, et dont l'achat a fait l'objet d'un projet global, sont donc considérées comme relevant d'une même opération.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 26 septembre 1994 « Préfet d'Eure-et-Loir » a considéré que la passation de quatre marchés pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune constituait une même opération.

Egalement, le Conseil d'Etat a, dans son arrêt du 8 février 1999, « Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine » jugé que les travaux d'étanchéité et de peinture effectués par le syndicat relevaient d'une seule et même opération puisqu'ils portaient sur les mêmes ouvrages avec un objet identique : la réfection et le fonctionnement des deux châteaux d'eau.

En droit français comme en droit communautaire, le critère de fonctionnalité, conduisant à considérer que relève d'une même opération l'ensemble des prestations nécessaires à la réalisation d'un besoin, est ainsi reconnu, comme essentiel.

En fait, une opération peut concerner plusieurs ouvrages par exemple la réfection des toitures des écoles d'une commune ou au contraire ne concerner qu'une partie d'un même ouvrage par exemple des travaux de peinture dans une partie d'un bâtiment public.

Le principe de l'annualité budgétaire est déconnecté des notions d'opération ou d'ouvrage qui, bien évidemment, peuvent être pluriannuels ; dans ce cas c'est le montant total des travaux relatifs à un ouvrage ou une opération qu'il faut prendre en compte y compris sur plusieurs exercices budgétaires.

C'est la personne publique qui décide de rattacher ses marchés de travaux à un ouvrage ou à une opération plus globale et cette prise de décision se traduira par une programmation unique dans l'année ou pluriannuelle selon les moyens disponibles. Toutefois, cette décision, qui se traduira par la passation de marchés, trouvera à s'appliquer sous le contrôle du juge car il est clair que si la personne publique conserve sa liberté de programmation et d'administration, le fractionnement abusif dans le but d'échapper aux règles du code reste prohibé.

A titre d'exemple, il est possible de prendre le cas d'une délibération du conseil municipal décidant de réaliser des travaux de peinture dans les locaux de la mairie et d'une école. Dans ce cas, la PRM a la possibilité de passer un seul marché ou deux marchés distincts. Toutefois, le montant à prendre en compte pour le comparer aux seuils en vigueur et définir la procédure à mettre en œuvre est celui de la totalité des travaux à effectuer sur les deux bâtiments en raison du fait que c'est une seule et même délibération qui a décidé la réalisation de ces travaux. Si ce total atteint le seuil de l'appel d'offres, la procédure de l'appel d'offres sera retenue pour les deux marchés.

Enfin, il importe de souligner que l'achat de fournitures nécessaires à l'utilisation d'un ouvrage (exemple : les livres que l'on commence à acheter alors que la bibliothèque est en cours de construction) ne sont pas considérés comme faisant partie de l'opération que constitue le marché de travaux..

De même les études relatives à une opération de construction se rattachent à la catégorie des services et non à celle des travaux.

27.3. Les marchés de fournitures

Le caractère homogène des fournitures est défini par rapport à une nomenclature qui est adoptée par arrêté interministériel. Cette nomenclature liste des familles de produits au sein desquelles il faut cumuler le montant des achats à effectuer.

La nomenclature présente plusieurs rubriques assorties d'un numéro et d'un intitulé ; chaque rubrique regroupe des produits élémentaires qui constituent une famille homogène et doivent en conséquence être agrégés.

C'est à la personne responsable du marché qu'il appartient de définir le caractère homogène des fournitures et de mentionner clairement dans le marché le numéro et la rubrique de la nomenclature correspondant. Ces informations sont transmises au comptable.

Deux cas sont prévus qui nécessitent obligatoirement l'usage de la nomenclature déjà citée.

27.3.1. L'ensemble unique de livraisons de fournitures homogènes

Il s'agit ici d'un besoin unique, c'est à dire isolé et spécifique même si l'achat réalisé fait l'objet de plusieurs livraisons, par exemple le renouvellement du mobilier d'une administration ou d'une école. Les livraisons peuvent s'étaler sur une période supérieure à l'année et le montant à prendre en compte est, comme pour les marchés de travaux, déconnecté de la règle de l'annualité budgétaire, mais c'est le montant de toutes les livraisons est à additionner pour vérifier si les seuils de procédure sont atteints.

27.3.2 Les livraisons récurrentes de fournitures homogènes

Compte tenu du caractère récurrent, répétitif de certains besoins, comme le papier par exemple, la personne responsable du marché a la possibilité d'évaluer le montant de ses achats nécessaires pour une année civile.

Ce calcul sur une année constitue pour l'acheteur public une facilité pratique mais il lui est toujours possible d'opter pour un marché pluriannuel. La contrainte minimum qui lui est imposée en matière de fournitures récurrentes est celle de la computation annuelle des achats à effectuer.

Ainsi, un acheteur public dont le besoin annuel en petites fournitures de bureau (hors meubles) s'élève à 60 000 € aura la possibilité, soit d'effectuer des achats non formalisés au fur et à mesure de ses besoins, soit de passer un marché formalisé pour plusieurs années pour ces fournitures.

27.4. Les marchés de services

Le caractère homogène des services est défini par rapport à la nomenclature qui liste des familles de services au sein desquelles il faut cumuler le montant des achats à effectuer.

La nomenclature présente plusieurs rubriques assorties d'un numéro et d'un intitulé ; chaque rubrique regroupe des services élémentaires qui constituent une famille homogène et doivent en conséquence être agrégés.

Il appartient à la personne responsable du marché de définir le caractère homogène des services et de mentionner clairement dans le marché le numéro et la rubrique de la nomenclature correspondant. Ces informations sont transmises au comptable.

Trois cas sont définis pour les services. Ils s'appuient tous sur la nomenclature nécessaire à l'établissement du critère d'homogénéité de la prestation de services.

27.4.1. L'ensemble unique de prestations homogènes concourant à une même opération

A l'instar des marchés de fournitures, il s'agit d'un besoin de services isolé et spécifique à un moment donné, par exemple un audit à réaliser sur le fonctionnement d'un service ou une action de formation professionnelle ponctuelle et identifiée (formation sur l'euro) qui viendra se rajouter à un plan de formation classique et qui n'aura pas forcément pu être intégrée dans les besoins courants.

La notion d'opération de services peut se définir comme un ensemble d'achats de services appartenant à une même famille homogène et qui participent à la réalisation d'un même objectif défini par la personne responsable du marché.

L'opération est définie par la personne responsable du marché dès lors que celle-ci est à même d'identifier, au sein d'une même famille homogène de services, un besoin qu'elle peut isoler et qui fera l'objet d'une action particulière justifiant qu'un marché distinct soit passé pour cette opération.

Pour apprécier la notion d'opération la jurisprudence se réfère à un certain nombre d'indices, comme en particulier le contenu même des prestations, la similitude de leurs modalités de réalisation et la concomitance des décisions d'achat.

Ainsi, des prestations de services correspondant à une même catégorie mais ayant des objets différents pourront être comptabilisés séparément puisqu'il s'agira d'opérations différentes. Les marchés de formation professionnelle en sont un bon exemple : une formation organisée pour la sensibilisation à l'euro et une formation réalisée pour la préparation aux concours administratifs pourront ne pas être comptabilisées ensemble pour la computation des seuils. De même, l'impression d'un dépliant relatif à une nouvelle application informatique et celle d'un guide sur la taxe professionnelle sont des services appartenant à une même famille homogène de services mais peuvent être séparément comparées aux seuils du code car elles diffèrent par leur objet.

27.4.2. Les réalisations récurrentes de prestations homogènes concourant à une même opération

En matière de services, la notion de réalisations récurrentes de prestations homogènes couvre des prestations dont l'acheteur public a un besoin courant et répété. Il s'agit souvent de prestations dont il aura besoin tout au long de son existence. A titre d'exemple non limitatif, peuvent être considérées comme des prestations récurrentes les services de formation professionnelle, de maintenance ou de certification comptable.

La notion d'opération de services peut se définir comme un ensemble d'achats de services appartenant à une même famille homogène et qui participent à la réalisation d'un même objectif défini par la personne responsable du marché.

L'opération est définie par la personne responsable du marché dès lors que celle-ci est à même d'identifier, au sein d'une même famille homogène de services, des besoins qu'elle peut regrouper et qui feront l'objet d'un marché distinct passé pour cette opération.

Il s'agit d'une souplesse apportée aux achats publics qui, en contrepartie, ne doit faire l'objet d'aucun détournement, notamment sous la forme d'un fractionnement abusif entre des prestations très proches qui relèvent d'une même opération.

Enfin il convient de souligner que, comme pour les fournitures qui présentent un caractère récurrent, le code des marchés publics autorise l'acheteur à se limiter à une estimation de sa consommation annuelle. Cette souplesse ne fait toutefois pas obstacle à ce que l'acheteur qui décide d'organiser ses achats sur un plus long terme passe un marché pour plusieurs années. Dans ce cas, ce sera le montant estimé de ce marché qui devra être comparés aux seuils prévus par le code.

27.4.3. Réalisation continue de prestations homogènes

Les services peuvent concerner une troisième catégorie de marchés qui ne fait pas appel à la notion d'opération utilisée pour computer les seuils des deux catégories précédentes mais se caractérise par l'idée de réalisation continue de prestations homogènes. Dans ce cas, il n'y a pas d'interruption des services dans le temps. Les contrats d'assurance, de maintenance, de téléphonie ou de nettoyage entrent dans ce cas de figure et il faut, dans cette hypothèse, prendre en compte la durée contractuelle du marché et cumuler le montant total des prestations correspondant à cette durée.

Les dispositions de cet alinéa sont à combiner avec l'article 15 du code relatif à la durée des marchés. En effet, sauf dispositions spécifiques à certains marchés, une remise en concurrence périodique est nécessaire et l'acheteur public ne peut se satisfaire de marchés d'une durée trop importante qui contredirait le principe d'efficacité de la commande publique énoncé à l'article 1^{er} du code.

27.5. Les marchés portant sur plusieurs familles homogènes de services

Lorsqu'un marché permet d'acquérir des fournitures ou des services appartenant à plusieurs familles homogènes différentes, qu'il y ait ou non des lots distincts dans le marché, c'est le montant total du marché qui est à comparer aux seuils prévus par le code.

27.6. Les marchés aménagés

Il est nécessaire de préciser ici le mode de computation des seuils à utiliser pour certains cas particuliers de marchés : les marchés mixtes, les marchés allotis, les marchés fractionnés et les marchés reconduits.

27.6.1. Les marchés mixtes

L'article 1^{er} du code indique que « lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir ».

En conséquence, selon la qualification du marché donnée en fonction de la prestation dominante, il convient de se reporter à la catégorie concernée : marché de fournitures ou marché de services.

Dans tous les cas, le montant à comparer aux seuils en vigueur est celui de la totalité des prestations, fournitures et services cumulés.

Le cas de marchés mixtes comportant des travaux n'est pas envisagé car la présence de travaux entraîne par elle-même la qualification de marchés de travaux. Sur ce point, il est rappelé que les marchés de maîtrise d'œuvre sont des marchés de services indépendants des marchés de travaux consécutifs et qu'ils n'ont pas à être cumulés avec ceux-ci pour le calcul des seuils.

27.6.2. Les marchés allotis

L'article 27 est clair sur la valeur à prendre en compte en matière de marchés comportant des lots : il faut considérer la valeur estimée de la totalité des lots.

27.6.3. Les marchés fractionnés

Le cas des marchés fractionnés décrits à l'article 72 répond à la même logique. C'est l'ensemble des bons de commande ou des tranches conditionnelles qui doit être considéré pour estimer le montant du marché à prendre en compte.

27.6.4. Les marchés reconduits

L'article 15 précise clairement que le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché et que celles-ci sont encadrées. L'acheteur public doit donc estimer le montant de ses besoins en y intégrant la valeur de ces reconductions. Pour un marché d'un an reconduit deux fois de suite, c'est la valeur de l'ensemble des prestations à réaliser sur ces trois ans qu'il faut prendre en compte.

Section 1- Absence de formalités ou modalités particulières de passation

Article 28

Les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables lorsque le seuil de 90 000 € HT n'est pas dépassé.

En cas de marché portant sur des fournitures ou des services, les numéros pertinents de la nomenclature et les références des fournisseurs ou des prestataires sont transmis par l'ordonnateur au comptable assignataire.

Le règlement des prestations peut avoir lieu sur présentation de mémoires ou factures.

Les acheteurs publics peuvent désormais passer des marchés sans formalités préalables lorsque le montant du marché n'excède pas le seuil de 90 000 € HT, ce seuil étant calculé dans le respect du mode de computation des seuils fixé à l'article 27.

Ces marchés ne sont soumis à aucune procédure particulière, ils peuvent notamment être dispensés de forme écrite et correspondre à des achats sur factures et travaux sur mémoires ou être passés sous la forme de contrats écrits de forme libre. Toutefois, les prestations de maîtrise d'œuvre soumises à la loi MOP font obligatoirement, en vertu du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 sur l'application de la loi MOP, l'objet d'un contrat écrit.

La passation des marchés sans formalités préalables répond au souci de faciliter les achats de faible montant. Si l'article 28 du décret n'oblige pas l'acheteur public à effectuer une mise en concurrence formalisée, il est néanmoins recommandé en vertu des principes fixés à l'article 1^{er} du code, de faire jouer la concurrence quand le montant et la nature des prestations le justifient, selon des modalités proportionnées aux caractéristiques de l'achat concerné et déterminées par la personne responsable du marché.

Par ailleurs, cette facilité n'écarte pas la nécessité pour l'acheteur public de respecter d'autres réglementations qui viendraient s'ajouter aux règles fixées par le code des marchés publics. Ainsi par exemple, les règles de la comptabilité publique interdisent le recours aux simples factures lorsque l'acheteur public veut permettre à son co-contractant de percevoir des acomptes.

S'agissant enfin des marchés sans formalités préalables en raison de leur montant (c'est à dire dont le montant est inférieur ou égal à 90 000 € HT), passés par les collectivités territoriales et les établissements publics de santé, il convient de signaler que le projet de loi MURCEF en cours d'examen au Parlement prévoit de les dispenser de transmission aux services du contrôle de légalité.

Article 29

En deçà du seuil de 130 000 € HT pour l'Etat et de 200 000 € HT pour les collectivités territoriales, les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables pour les achats, dans les conditions les plus avantageuses, de denrées alimentaires périssables sur foires ou marchés ou sur les lieux de production.

L'article 29 permet aux acheteurs publics, en dessous des seuils de l'appel d'offres, d'acquérir sans formalités particulières des denrées alimentaires périssables sur foires ou marchés ou sur les lieux de production. La personne publique peut ainsi bénéficier rapidement des opportunités résultant d'une abondance de production et des variations de prix sur les produits frais et s'assurer d'une certaine qualité, spécialement parmi les produits dont la conservation est de courte durée.

Les conditions relatives à la catégorie de produits et aux lieux d'achat de ces produits sont cumulatives. Il ne peut s'agir que de denrées périssables achetées directement sur foires et marchés ou sur le lieu même de production.

Il est important de noter que le code limite cette possibilité aux achats d'un montant inférieur aux seuils de l'appel d'offres.

Le montant à prendre en compte pour vérifier ce seuil est le total des achats à effectuer par famille homogène de denrées alimentaires. S'il s'agit de produits achetés régulièrement, le seuil sera évalué pour une année civile selon le mode de computation des seuils indiqué en matière de fournitures récurrentes.

Comme pour les marchés passés en application de l'article 28, ces marchés ne sont soumis à aucune procédure particulière, ils peuvent notamment être dispensés de forme écrite et correspondre à des achats sur factures et travaux sur mémoires ou être passés sous la forme de contrats écrits de forme libre.

Article 30

Les marchés publics qui ont pour objet :

1° Des services juridiques ;

2° Des services sociaux et sanitaires ;

3° Des services récréatifs, culturels et sportifs ;

4° Des services d'éducation ainsi que des services de qualification et insertion professionnelles,

sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution.

La liste des services relevant des catégories mentionnées ci-dessus est fixée par décret.

Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige ne sont soumis qu'aux dispositions du présent article ainsi que des titres Ier et II du présent code.

30.1. La procédure allégée

Il s'agit d'un régime nouveau qui transpose, pour partie, l'article 9 de la directive 92-50 CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, qui prévoit que les services visés à l'annexe 1B de cette directive sont soumis à un régime allégé en raison de leur objet.

En conséquence, ce régime ne peut en aucun cas être appliqué aux marchés de travaux et aux marchés de fournitures, il est strictement réservé aux services limitativement énumérés ici.

C'est donc en raison de leur nature que ces prestations peuvent relever de la catégorie des marchés sans formalités préalables ; dans cette hypothèse, l'acheteur public n'est soumis à aucune obligation formalisée de publicité et de mise en concurrence même si les observations formulées au point 28 ci-dessus restent ici également valables.

La personne responsable du marché doit toutefois satisfaire à deux obligations lorsque le montant du marché atteint le seuil de 90 000 €HT ; en effet en deçà de ce seuil aucune formalité ne s'impose conformément à l'article 28.

Premièrement, elle doit définir les prestations par référence à des normes, si elles existent ; cette contrainte conduit, lorsque le secteur considéré applique des normes, par exemple dans le domaine des services sanitaires, à passer un contrat écrit.

Deuxièmement, un avis d'attribution doit être envoyé. Cette disposition est à combiner avec celle de l'article 81 qui précise que les avis d'attribution des marchés mentionnés à l'article 30 sont adressés à l'Office des publications officielles des communautés européennes. Il en résulte que, parmi les marchés qui relèvent de la procédure allégée, seuls ceux qui atteignent les seuils communautaires de 130000 €HT et 200000 €HT sont soumis à cette obligation d'envoi d'un avis d'attribution. Enfin, il est important de signaler que, toujours conformément à l'article 81, dans l'hypothèse où, pour des raisons de confidentialité ou de déontologie, la personne publique estime ne pas pouvoir publier certaines informations figurant sur l'avis, elle l'indiquera à l'Office et l'avis ne sera pas publié.

30.2. Le champ d'application

La procédure allégée concerne quatre catégories de services.

- les services juridiques ;

Parmi ces services et conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Ass, 9 avril 1999, Mme TOUBOL-FISCHER), il convient de noter le cas particulier de la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige qui n'est soumis qu'aux dispositions du présent article ainsi que des titres I et II du code. Conformément à l'article 78, ces contrats ne sont pas transmis au représentant de l'Etat pour contrôle de légalité.

- les services sociaux et sanitaires ;

- les services récréatifs, culturels et sportifs ;

- les services d'éducation ainsi que des services de qualification et insertion professionnelles ;

Un décret fixe la liste des services qui sont susceptibles d'entrer dans ces quatre catégories et il convient de s'y référer pour vérifier le bien-fondé du choix de cette procédure.

Article 31

Les conditions dans lesquelles sont passés les marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application de dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques sont précisées par décret.

Les obligations de « décoration des constructions publiques » sont actuellement issues de deux sources normatives.

Il s'agit, pour les collectivités locales de l'article 59 de la loi du 22 juillet 1983 (repris à l'article L. 1616-1-1 du code général des collectivités territoriales) lequel prévoit que *les communes, les départements et les régions doivent consacrer 1% du montant de l'investissement à l'insertion d'œuvres d'art dans toutes les constructions qui faisaient l'objet, au moment de la publication de la présente loi, de la même obligation à la charge de l'Etat.*

Pour ce qui concerne l'Etat et ses établissements publics, il existe actuellement plus de quinze textes de nature réglementaire pris par les ministères pour les constructions relevant de leur domaine d'activité.

Un décret relatif aux interventions au titre du un-pour-cent artistique détermine les modalités d'application de la loi de 1983 pour les collectivités territoriales et unifie celles-ci avec les dispositions applicables à l'Etat et à ses établissements publics.

Il simplifie les procédures, précise les modalités de calcul de l'assiette et du champ d'intervention du un-pour-cent.

Section 2 - Mise en concurrence simplifiée

Article 32

La procédure de mise en concurrence simplifiée est la procédure par laquelle la personne publique

choisit le titulaire du marché à la suite de négociations avec plusieurs candidats, après publicité et mise en concurrence préalable. Le marché est attribué par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Les marchés peuvent être passés selon la procédure de mise en concurrence simplifiée en deçà du seuil de 130 000 € HT pour l'Etat et de 200 000 € HT pour les collectivités territoriales.

Le code définit ici une nouvelle procédure applicable en fonction d'un seuil. En effet, la personne responsable du marché peut choisir la procédure de mise en concurrence simplifiée entre le seuil des marchés sans formalités préalables et le seuil de l'appel d'offres :

- pour l'Etat, entre 90.000 €HT et 130.000 €HT ;
- pour les collectivités locales entre 90.000 €HT et 200.000 €HT.

Il convient de souligner cependant qu'il est toujours possible à l'acheteur public d'utiliser la procédure d'appel d'offre en lieu et place de la procédure de mise en concurrence simplifiée.

Cette procédure, décrite à l'article 57, associe d'une part, une publicité préalable et une mise en concurrence formalisée et, d'autre part, la possibilité de négocier avec les candidats. De plus, elle impose l'intervention de l'organe collégial qu'est la commission d'appel d'offres.

Section 3 - Appel d'offres

Article 33

L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection.

La personne responsable du marché est libre de choisir entre les deux formes d'appel d'offres.

Le marché est attribué par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Les marchés sont passés sur appel d'offres au-delà du seuil de 130 000 € HT pour l'Etat, et de 200 000 € HT pour les collectivités territoriales. Il peut également être recouru à cette procédure en dessous de ces seuils.

33.1. Définition

L'article 33 donne une définition de l'appel d'offres.

Sauf disposition particulière relative à d'autres modes de passation (régime allégé de l'article 30 et procédures négociées des articles 35 et 74), la procédure d'appel d'offres est obligatoire pour tous les types de marchés au-delà des seuils communautaires de 130 000 € HT pour l'Etat et 200 000 € HT pour les collectivités locales. En dessous de ces seuils, il est néanmoins possible de recourir à cette procédure.

La personne publique se fonde sur les dispositions de l'article 53 pour définir les critères qui lui permettront de choisir « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Toute négociation est formellement interdite et ce point est rappelé dans les articles 60 et 65 relatifs au déroulement des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint.

33.2. Appel d'offres ouvert ou restreint

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint. Selon les circonstances, la personne responsable du marché choisit l'une ou l'autre de ces deux procédures. Lorsqu'elle décide de lancer un appel d'offres ouvert, elle ne peut en cours de procédure le transformer en appel d'offres restreint

L'appel d'offres ouvert permet à tout concurrent qui le souhaite de retirer un dossier de consultation et de remettre une offre.

L'appel d'offre restreint se déroule en deux étapes : la sélection des candidats admis à présenter une offre et le choix de l'offre.

33.3. Attribution du marché

L'article 33 précise qui attribue le marché.

Pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ainsi que les établissements publics de santé et médico-sociaux, la personne responsable du marché attribue le marché après avis de la commission d'appel d'offres.

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, sauf les établissements publics de santé et médico-sociaux qui relèvent d'une disposition spécifique, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché.

Les rôles respectifs de la PRM et de la commission sont présentés dans les commentaires des articles 20 à 22.

Section 4 - Procédures négociées

Article 34

Une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Les marchés négociés sont passés avec ou sans publicité préalable permettant la présentation d'offres concurrentes. En l'absence de publicité préalable, ils sont passés soit après mise en concurrence soit sans mise en concurrence.

Le présent article vise à définir le marché négocié et à en exposer les lignes essentielles, les cas d'utilisation de cette procédure et son déroulement étant précisés et détaillés ultérieurement (respectivement, article 35 pour les cas d'utilisation, et articles 66 à 67 pour la procédure).

La procédure négociée se caractérise par la possibilité pour les acheteurs et les candidats de négocier conformément aux dispositions de l'article 67.

A la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une marge de manœuvre importante. En effet, elle peut, de plein droit et dans le respect des principes d'égalité et de transparence, négocier avec les candidats, et cette négociation a pour objet et peut légitimement avoir pour effet de les conduire à adapter leurs offres. Aux termes des négociations, l'offre la plus intéressante sera retenue.

Il convient toutefois de noter que les négociations ne peuvent conduire à modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été indiquées dans le cahier des charges. Une modification de cette nature porterait en effet atteinte aux conditions de la mise en concurrence.

La procédure négociée est passée après publicité et mise en concurrence, sauf exceptions limitativement énumérées par l'article 35.

Article 35

Il ne peut être passé de marchés négociés que dans les cas définis ci-dessous.

I - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence :

1° Les marchés qui, après appel d'offres, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables au sens de l'article 53. Les conditions initiales du marché ne doivent pas être modifiées. Si la personne responsable du marché décide de ne négocier qu'avec les candidats qui avaient été admis à présenter une offre, elle est dispensée de procéder à une nouvelle mesure de publicité ;

2° Les marchés de services, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;

3° Les marchés de travaux et de fournitures qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate.

II - Peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence :

1° Les marchés pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour la personne responsable du marché n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés précédés d'un avis d'appel public à la concurrence ;

2° Les marchés qui exigent le secret, ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité ;

3° Les marchés que, dans des cas d'urgence, la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant.

III - Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

1° Les marchés complémentaires, à condition que le marché initial ait été passé après mise en concurrence, dans les cas suivants :

a) Les marchés complémentaires exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à un complément de fournitures ou à l'extension d'installations existantes. Le recours à ces marchés n'est possible que lorsque le

changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives. La durée de ces marchés complémentaires ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut excéder 130 000 € HT pour l'Etat et 200 000 € HT pour les collectivités territoriales, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal Officiel des Communautés européennes ;

b) Les marchés complémentaires de services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute ce service ou cet ouvrage lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique.

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 33 % du montant du marché principal ;

2° Les marchés de services ou de travaux qui ont pour objet la réalisation de prestations identiques à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire. Le premier marché doit toutefois avoir été passé sur appel d'offres. Il doit de plus avoir indiqué la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit enfin avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial ;

3° Les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ;

4° Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.

IV - Les marchés de fournitures ou de services passés dans le domaine de la défense et portant sur les armes, munitions et matériels de guerre peuvent être passés selon les règles applicables aux marchés négociés.

En cas d'urgence impérieuse, incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, il peut être procédé par un échange de lettres. Celui-ci doit au minimum énoncer la nature des opérations, ainsi que la limite des engagements de l'Etat, en montant et en durée. Il fixe si possible un prix définitif ou un prix provisoire. Dans ce dernier cas, il ne peut donner lieu à aucun versement d'avances, ni d'acomptes. L'échange de lettres doit être régularisé sous forme de marché à prix provisoire ou définitif dans les trois mois qui suivent. Dans le cas où ce délai serait dépassé, le contrôleur financier intéressé doit être informé par écrit.

Les dispositions de l'article 39 et du III de l'article 40 ne leur sont pas applicables.

V - Pour les collectivités territoriales, une procédure négociée ne peut être engagée qu'après avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres, sauf pour les marchés mentionnés au 3° du III du présent article et à l'article 74.

35.1. La procédure de marché négocié

L'article 35 confirme le caractère dérogatoire de la procédure du marché négocié, qui n'est utilisable que dans des cas limitativement énumérés.

Aux cas prévus au présent article, qui constituent les cas d'utilisation de la procédure négociée stricto sensu, il convient d'y ajouter pour mémoire, ainsi que le fait au demeurant l'article 26, les procédures prévues par l'article 74 qui concerne certains marchés de maîtrise d'œuvre, ainsi que par l'article 84 qui permet aux opérateurs de réseaux visés à l'article 82 de passer des marchés négociés pour les prestations de services directement liées à ces activités de réseaux, quel que soit leur montant.

Par ailleurs, le principe est la soumission des marchés négociés à la fois aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

La dérogation ainsi admise dans certains cas, qui porte à la fois sur le principe de la publicité préalable et sur le principe de la mise en concurrence, ne sera possible que dans des cas très précisément définis par l'article 35. Cette double dérogation à deux principes généraux du droit de la commande publique implique que ces hypothèses soient interprétées très strictement.

35.2. Les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence

35.2.1. Les marchés passés après un appel d'offres infructueux.

Les articles 60 § II (appel d'offres ouvert) et 65 § II (appel d'offres restreint) prévoient en termes identiques que, si une procédure d'appel d'offres s'est révélée infructueuse, il est possible de procéder à un marché négocié sous réserve de ne pas modifier les conditions initiales du marché. Une telle modification, qui affecterait les conditions de cette première mise en concurrence, impliquerait en effet l'organisation d'un nouvel appel d'offres. Une modification marginale du cahier des charges est néanmoins possible tant qu'elle n'a pas pour objet ou pour effet de favoriser un candidat ou de reprendre une proposition formulée par l'un des candidats et couverte par le secret commercial. Elle permet de tirer les conséquences de l'appel d'offres initial en comblant les lacunes du dossier de consultation ou en adaptant ses dispositions.

Le principe est la passation d'un tel marché après publicité préalable et mise en concurrence.

Toutefois, par dérogation au principe de publicité, l'organisation d'une publicité préalable n'est pas obligatoire pour le marché négocié si les négociations ne sont menées qu'avec la totalité des candidats qui avaient été admis à présenter une offre lors du premier marché c'est à dire de l'appel d'offres déclaré infructueux. Cette règle ne fait cependant pas obstacle à la possibilité pour la personne responsable du marché, afin d'ouvrir au maximum la concurrence après une première procédure infructueuse, de faire une nouvelle publicité afin de permettre aux candidats de l'appel d'offres déclaré infructueux, mais aussi à de nouveaux candidats, de faire acte de candidature et de participer aux négociations.

Il importe de souligner que le code des marchés ne permet pas à la personne responsable des marchés, en dehors de l'envoi d'un avis de publicité, de prendre l'initiative de solliciter de nouveaux prestataires et de les introduire en cours de procédure. Si les prestataires ne se sont pas spontanément manifestés, n'ayant pas fait acte de candidature (en appel d'offres restreint ou en marché négocié) ou n'ayant pas remis une offre (en appel d'offres ouvert), ils ne peuvent en aucun cas être considérés comme des candidats au marché public.

On peut, de plus, noter que l'article 67, dans son avant-dernier alinéa, pose le principe selon lequel le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à 3. On peut donc estimer que si le nombre de candidats admis à présenter une offre dans le cadre de l'appel d'offres infructueux est inférieur à 3, sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant, il est conseillé de recourir à une publicité préalable afin de permettre à tout candidat, ayant ou non concouru à l'appel d'offres, de concourir pour le marché négocié.

Lorsque la personne responsable du marché décide de lancer un marché négocié à la suite d'un appel d'offres pour lequel certains lots seulement ont fait l'objet d'une déclaration d'infructuosité, elle doit procéder à l'envoi d'un avis de publicité dès lors que le montant total du marché dépasse 90 000 €HT, quel que soit le montant individuel du ou des lots déclarés infructueux.

35.2.2. Les marchés de services qui ne peuvent être précisément définis

Si les spécifications d'un marché de services ne peuvent être préalablement et précisément définies, il est possible de recourir au marché négocié.

La difficulté d'une définition préalable et précise des prestations de services en cause doit être telle que leurs spécifications ne puissent être définies dans le cahier des charges, et que l'organisation d'un appel d'offres soit par suite rendue impraticable.

Il ne serait certainement pas conforme aux principes posés par la directive 92/50/CEE « marchés publics de services » de considérer que certains services sont par nature impossible à définir avec suffisamment de précision.

Il n'apparaît donc pas possible de donner une liste de services qui relèveraient par nature de ce cas de marchés négociés.

La directive évoque simplement deux domaines principaux dans lesquels des difficultés particulières de définition peuvent se rencontrer : d'une part les prestations intellectuelles, d'autre part les services financiers.

La Commission européenne a pour sa part précisé (Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de services) que cela pouvait notamment concerner des services d'assurances relevant de la catégorie n° 6 de l'annexe I A de la directive « services », ainsi que des prestations intellectuelles en général. Cela peut également concerner des marchés de maîtrise d'œuvre.

Il convient toutefois d'insister, d'une part sur le fait que cette indication n'est pas limitative, d'autre part sur le fait que ces prestations de services ne sont en aucun cas exclues globalement et par nature du champ de l'appel d'offres. Ainsi, tous les marchés d'assurances ne sont pas, par définition, des marchés complexes. Il apparaît simplement que, notamment dans ces deux domaines, des difficultés particulières peuvent parfois se rencontrer, qui justifient une dérogation ponctuelle aux procédures de droit commun.

Cette hypothèse vise donc certaines prestations de services spécifiques qui, en raison de leur particulière complexité ne peuvent donner lieu au stade de l'élaboration des pièces du marché à une définition suffisamment précise. L'appréciation devra se faire cas par cas et tout recours à la procédure de marché négocié sur cette base devra être dûment justifié quel que soit l'objet du marché.

Aucune dérogation n'est prévue aux obligations générales de publicité et de mise en concurrence.

35.2.3. Les marchés conclus à des fins de recherche, essais, expérimentations...

Cette hypothèse vise uniquement la réalisation de travaux et la livraison de fournitures à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point ou de développement.

Elle ne peut donc en aucun cas concerner des prestations courantes, ni des services.

Ces marchés ne doivent pas avoir de finalité commerciale immédiate. Il s'agit donc du cas très particulier de prestations ne relevant pas des gammes commerciales courantes, et qui ne sont pas réalisées dans l'objectif direct d'une commercialisation. En conséquence, cette exception ne s'applique pas à la mise au point d'un prototype préluant à une commercialisation.

La directive 93/37/CEE « marchés publics de travaux » précise en ce sens que le but ne doit pas être « d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement » (article 7, 2°, b).

La directive 93/36/CEE « marchés publics de fournitures » précise quant à elle que la fabrication des produits en cause ne doit pas comprendre « la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement » (article 6, 3°, b) ; le guide sur les règles communautaires dans le domaine des marchés publics de fournitures précise que cette disposition « ne concerne pas non plus les biens d'équipement destinés à des laboratoires de recherche ou d'expérimentation ».

Aucune dérogation n'est prévue à l'obligation de publicité et mise en concurrence.

35.3. Les marchés négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence

35.3.1. Le cas de l'urgence impérieuse

35.3.1.1. Définition

L'urgence impérieuse qui permet de recourir au marché négocié sans publicité préalable correspond à un cas renforcé d'urgence et doit être distinguée de l'urgence « simple ».

Sans qu'il soit possible de donner de critère susceptible de s'appliquer à toutes les situations, l'urgence impérieuse correspond à un motif particulièrement grave d'urgence.

L'urgence impérieuse correspond ainsi à une urgence beaucoup plus sérieuse et impérative que l'urgence simple définie aux articles 58, 61, 63 et 66, et doit rendre impossible le respect des délais normaux, y compris les délais réduits pour cause d'urgence simple. Par exemple, peut constituer un cas d'urgence impérieuse les interventions immédiates faisant suite à une tempête à l'image de celles qui se sont produites dans les toutes dernières années.

En toute hypothèse, le recours à l'urgence impérieuse devra être explicitement motivé.

35.3.1.2. Les circonstances imprévisibles

Cette condition interdit d'invoquer les cas d'urgence résultant d'irrégularités ou de négligences commises dans la passation du marché.

Les cas d'urgence, pour pouvoir légitimement être invoqués, doivent donc, ainsi que l'indiquent très clairement les directives « marchés publics », résulter « d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question ».

35.3.2. Le secret et la protection essentielle de l'Etat

Pour des raisons évidentes, les considérations tirées du secret ou de la protection des intérêts essentiels de l'Etat, dès lors qu'elles rendent la passation d'un marché incompatible avec des mesures de publicité, ouvrent la possibilité de passer un marché négocié sans publicité préalable.

La mise en concurrence n'est pas pour autant exclue.

Par ailleurs, les motifs tirés du secret ne peuvent être appréciés de façon extensive. En effet, s'agissant d'une procédure dérogatoire, ses conditions d'utilisation doivent être appréciées de façon stricte.

Ainsi, il apparaît nécessaire que, par son objet même, le marché mette en cause des impératifs de secret incompatibles avec toute forme de publicité.

En revanche, la simple obligation de respecter des secrets prévus par la loi, qui est de portée générale, ne suffit pas pour justifier le recours à cette procédure.

Le motif tiré par exemple de la nécessité générale de respecter le secret des correspondances ou encore le secret en matière commerciale et industrielle, ne suffirait donc pas à motiver le recours à cette procédure dérogatoire, sauf à établir que le respect de ces secrets serait rendu totalement impossible par l'organisation de la publicité normalement prévue pour la passation d'un marché public.

35.3.3. La défaillance du titulaire du marché

Cette hypothèse correspond à un cas particulier d'urgence, découlant de la défaillance du titulaire. Les deux conditions sont cumulatives.

La défaillance ne correspond pas à de simples difficultés d'exécution, comme des retards ou des erreurs. Elle correspond à l'hypothèse dans laquelle le cocontractant se trouve de manière durable, voire définitive, dans l'impossibilité d'exécuter le marché, par exemple dans certains cas de redressement judiciaire ou dans le cas de liquidation.

La défaillance du cocontractant ne justifie pas à elle seule le recours à la procédure négociée. Il faut en effet qu'elle s'accompagne d'une urgence réelle à en continuer l'exécution.

Tel peut être notamment le cas si l'arrêt du marché prive le service public des moyens qui lui sont nécessaires, dans une mesure de nature à porter atteinte à sa nécessaire continuité.

Si la défaillance de son cocontractant laisse en revanche le temps à l'administration de relancer une nouvelle procédure selon les règles de droit commun, la passation d'un marché négocié selon cette procédure dérogatoire serait irrégulière.

Le marché négocié doit seulement avoir pour objet la continuation du marché.

Le marché négocié ainsi conclu ne doit pas notamment, outre la continuation du marché brusquement interrompu, viser à anticiper son renouvellement, ou à acquérir des prestations complémentaires.

35.4. Les marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence

35.4.1. Les marchés complémentaires

35.4.1.1. Le recours à la procédure négociée est possible pour des achats qui complètent ceux ayant précédemment fait l'objet d'un premier marché. Cette procédure permet, dans certaines situations, d'éviter de recourir de nouveau à des procédures formalisées d'appel d'offres, lorsqu'il apparaît évident à la personne responsable du marché, que le titulaire actuel est le seul susceptible de réaliser la prestation complémentaire.

Dans ce cas, en application des dispositions du V de l'article 35, la commission d'appel d'offres doit émettre un avis pour le lancement de la procédure de marché complémentaire mais n'intervient plus par la suite, le marché complémentaire étant négocié et signé par la personne responsable du marché.

Toutefois, elle n'est possible que si le marché initial a été passé après mise en concurrence.

Ceci exclut donc son utilisation pour les achats qui complètent un marché sans formalités préalables ou un marché négocié sans mise en concurrence préalable.

L'objet des achats complémentaires ne peut différer de celui du marché initial, mais doit au contraire en être le simple prolongement.

Pour autant, le texte n'exige pas que le marché initial soit totalement exécuté pour avoir recours à un marché complémentaire.

L'ensemble des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 33% du montant du marché initial ce qui suppose que la personne responsable du marché puisse faire état du montant précis du marché initial au moment où elle lance la procédure de marché complémentaire. Tel n'est ne sera notamment pas le cas du complément à un marché à bons de commande en cours d'exécution, qu'il comporte ou non l'indication d'un montant minimal et maximal.

Pour vérifier que ce montant maximal n'est pas dépassé, il y a lieu de comparer, d'une part le montant ayant fait l'objet de la mise en concurrence initiale augmenté des avenants éventuels, d'autre part le montant cumulé de tous les achats complémentaires qui ont déjà pu être effectués et/ou qui sont envisagés.

Les modalités de calcul sont différentes selon les catégories de marchés.

35.4.1.2. Le cas des marchés de fournitures

Les achats complémentaires doivent correspondre à un simple renouvellement partiel, ou à un complément limité.

S'agissant d'achats complémentaires, ils doivent être réalisés auprès du même fournisseur. Le recours au même fournisseur doit donc apparaître comme indispensable. Deux conditions cumulatives sont posées : le changement de fournisseur doit impliquer un changement de matériel, ce qui implique que seul le fournisseur initial peut fournir le matériel initialement retenu ; le changement de matériel doit entraîner des incompatibilités, ou au moins des difficultés très sérieuses d'utilisation ou d'entretien, qui doivent dépasser les difficultés inhérentes à tout changement de matériel.

Cette procédure dérogatoire se justifie donc par la volonté d'éviter des inconvénients disproportionnés : les complications importantes qu'est susceptible d'entraîner un changement de matériel, peuvent ne pas se justifier pour un simple complément, limité, au marché initial.

La durée du marché complémentaire ne peut excéder trois ans au total.

Le total des marchés complémentaires, cumulé au montant total du marché initial, ne peut dépasser 130 000 €HT pour l'État et 200 000 €HT pour les collectivités locales, sauf si le marché initial a été passé sur appel d'offres, et a donné lieu à publicité européenne au sens de l'article 40 § III.

De plus, le montant total de ces marchés complémentaires ne peut excéder 33% du montant du marché initial, tous avenants éventuels compris.

35.4.1.3. Le cas des marchés de travaux et de services

Les prestations complémentaires doivent être nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ou à l'exécution du service faisant l'objet du marché initial.

L'achat complémentaire ne peut donc être que l'accessoire du marché initial, et ne peut correspondre à un ouvrage ou un service nouveau, ni à une modification de l'ouvrage ou du service initial.

Il doit être rendu nécessaire par une circonstance imprévue.

Une sous-estimation du marché initial ne peut donc légalement ouvrir droit à utilisation de la procédure des achats complémentaires.

De même, une évolution prévisible, ou encore un fait imputable à l'administration ne peuvent justifier le recours à cette procédure.

S'agissant d'achats complémentaires, ils doivent être réalisés auprès du même opérateur. Le recours au même opérateur doit donc apparaître comme indispensable. Deux conditions cumulatives sont posées : les services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal, ce qui implique qu'ils soient le simple prolongement des prestations de ce marché initial ; l'impossibilité de les séparer doit être établie en justifiant des inconvénients majeurs qu'entraînerait une telle séparation, ces inconvénients pouvant être techniques ou économiques

On retrouve, comme pour les fournitures, l'idée selon laquelle cette procédure dérogatoire se justifie par la volonté d'éviter des inconvénients disproportionnés : les complications techniques ou le surcoût important qu'entraînerait le changement d'opérateur ne se justifient pas pour un simple complément, limité, au marché initial.

Les conditions de durée ne se retrouvent pas s'agissant des travaux et des services. La durée des marchés complémentaires en matière de travaux et de services n'est pas limitée par le code.

Contrairement aux marchés complémentaires de fournitures, le montant total du ou des marchés complémentaires, cumulé avec le marché initial, n'est pas limité par les seuils communautaires. Seule s'applique la limitation de 33 % déjà mentionnée. Ainsi, le montant total de ces marchés complémentaires ne pourra excéder 33% du montant du marché initial, tous avenants éventuels compris.

35.4.1.4. Le marché négocié pour achats complémentaires se distingue de l'avenant

Contrairement à l'avenant, le marché complémentaire constitue un marché ayant une existence juridique propre et ne s'incorpore pas au marché initial, même s'il en est, à certains égards, le prolongement.

Il n'est utilisable que dans le cadre très strict ci-dessus rappelé, alors que la procédure de l'avenant est utilisable dans des hypothèses plus nombreuses, avec un contenu qui peut ne pas se limiter à de simples achats complémentaires.

35.4.2. Les marchés identiques

Ce marché négocié a pour objet la répétition des prestations d'un marché précédent qui ne peut être qu'un marché de services ou de travaux.

35.4.2.1. Définition

Cette procédure correspond à la possibilité pour la personne publique, ayant conclu un premier marché, d'acquiescer les mêmes prestations dans le cadre d'un autre marché qui prolonge en quelque sorte le premier.

Cette procédure n'est donc pas utilisable pour des achats de prestations différentes de celles ayant fait l'objet du premier marché, même si les prestations nouvelles constituent la totalité ou une partie seulement du marché négocié.

Il doit également y avoir identité de titulaire. L'identité avec le premier marché porte non seulement sur les prestations en cause, mais également sur le titulaire du marché. Si l'administration ne souhaite pas nécessairement recourir au même titulaire, il lui appartient d'organiser une nouvelle mise en concurrence, selon les règles de droit commun.

35.4.2.2. Respect du principe de mise en concurrence

Le marché initial doit avoir été passé sur appel d'offres.

Ceci exclut donc en particulier la répétition des prestations d'un marché passé selon la procédure de mise en concurrence simplifiée, selon la procédure négociée, et a fortiori sans formalités préalables.

La dérogation aux règles normales de procédure ne se conçoit que dans la mesure où le marché négocié apparaît comme le simple prolongement du marché initial.

Le marché initial doit avoir prévu la possibilité d'une répétition des prestations. Cette procédure doit donc avoir été expressément envisagée dès la passation du marché initial, et il n'est pas possible de passer un marché négocié pour la répétition des prestations d'un marché qui ne l'aurait pas explicitement prévu.

La mise en concurrence initiale doit avoir été basée sur la totalité des montants. En conséquence, elle doit avoir été faite sur la base du montant cumulé du marché initial et du marché ultérieur envisagé.

Dans la mesure où la mise en concurrence initiale a en conséquence porté à la fois sur le premier marché, et sur sa répétition ultérieure dans un autre marché, ce marché ultérieur peut valablement être dispensé d'une nouvelle mise en concurrence.

35.4.2.3. Durée du marché limitée

La conclusion d'un marché négocié répétant les prestations d'un premier marché n'est possible que dans la limite de trois ans à compter de la notification de ce premier marché.

35.4.3. Les marchés passés suite à un concours

La procédure négociée est admise dans ce cas puisque la mise en concurrence a déjà eu lieu par le biais du concours dont la procédure est définie par les articles 38 et 71.

Ces deux articles indiquent que le concours a pour objet d'attribuer au lauréat ou à l'un des lauréats un marché. La procédure du marché négocié sans publicité préalable apparaît donc logique.

Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, tous les lauréats doivent être invités à négocier. Ce principe est également posé par l'article 71, 5°.

35.4.4. Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un seul prestataire

La mise en concurrence est logiquement exclue dans les hypothèses où aucun choix ne peut exister quant à l'opérateur.

35.4.4.1. Un seul fournisseur doit être susceptible d'effectuer les prestations en cause

Les motifs peuvent tenir à des raisons techniques, artistiques, ou relatives à la protection de droits d'exclusivité. Ces raisons doivent être objectivement établies, et ne peuvent résulter par exemple de la meilleure qualité technique présumée de certains matériels.

Le code ne fixe pas de moyens de preuve, et il revient donc à l'acheteur d'apprécier et d'établir si ces conditions sont remplies. La personne responsable du marché doit pouvoir démontrer les raisons limitativement énumérées par le code qui lui imposent cette formule. Le motif lié à la réalisation d'investissements préalables importants n'est plus admis.

Les droits d'exclusivité renvoient quant à eux au premier chef aux droits de propriété intellectuelle.

Ils doivent impliquer l'unicité de prestataire. Dès lors que plusieurs prestataires peuvent fournir la prestation requise, il n'est pas possible d'utiliser cette procédure.

Ces deux conditions sont d'interprétation stricte s'agissant d'un régime dérogatoire.

35.4.4.2. Le besoin de l'acheteur ne doit pouvoir être satisfait que par cette prestation

Il y aurait certainement détournement à invoquer cette procédure pour acquérir des prestations couvertes par des droits d'exclusivité, alors que d'autres entreprises auraient pu réaliser les prestations souhaitées en mettant en œuvre des techniques différentes.

Il importe donc d'établir que seule la prestation envisagée répond au besoin de l'acheteur public. Cette procédure dérogatoire de marché négocié ne se justifie en effet que dans la mesure où les caractères spécifiques de la prestation font qu'elle est la seule à répondre aux besoins à satisfaire, cette prestation ne pouvant être réalisée que par un seul prestataire.

35.5. Le cas particulier de certains marchés de la Défense

35.5.1. Un régime spécifique

Cette procédure ne peut, par définition, intéresser que certains marchés de la Défense. Le code reprend exactement la référence communautaire aux marchés de fournitures ou de services se rapportant à des armes, munitions et matériels de guerre.

L'exception de l'article 35-IV doit permettre de couvrir les marchés liés aux contraintes spécifiques de l'activité de défense. Dans cette hypothèse, les marchés peuvent être passés selon la procédure négociée telle qu'elle est définie ci-dessus ainsi qu'aux articles 66 et 67.

Trois catégories particulières de marchés peuvent faire l'objet d'une procédure négociée sur le fondement de cette disposition :

- les études conduites en amont de la phase de développement-fabrication des matériels ;
- les études technico-opérationnelles ;
- les études à caractère biologique ou médical du service de santé des armées et les études hydrographiques et océanographiques du service hydrographique et océanographique de la Marine.

En revanche ne pourront également être placées sous l'empire de ces dispositions les « études prospectives politico-militaire, économique et sociale » que s'il est justifié qu'elles présentent un lien avec l'activité de défense, par exemple pour l'appréciation d'une situation géostratégique.

35.5.2. Les publicités réduites

L'avis de pré-information prévu à l'article 39, ainsi que l'avis public européen d'appel à la concurrence prévu à l'article 40 § III, ne sont pas exigés.

35.5.3. Une procédure spécifique d'échanges de lettres utilisable en cas d'urgence

Cette procédure très dérogatoire n'est utilisable qu'en cas d'urgence impérieuse incompatible avec la préparation des documents d'un marché.

Sur la notion d'urgence impérieuse, on peut renvoyer au point 35.3.1 du présent article, en notant que l'urgence doit réellement imposer des délais particulièrement brefs pour que l'administration puisse valablement se dispenser d'établir au préalable les documents du marché.

L'échange de lettres vise dans un tel cas à définir les engagements réciproques des parties, au minimum concernant les opérations envisagées, la durée de leur réalisation ainsi que le montant maximal des engagements de l'État. Il doit être régularisé dans les trois mois qui suivent l'échange de lettres par la passation d'un marché.

Le défaut de régularisation dans les délais doit faire l'objet d'une note écrite d'information adressée au contrôleur financier intéressé, exposant le déroulement de la procédure, le contenu précis des engagements réciproques de l'administration et de l'entrepreneur, les motifs ayant justifié le recours à la procédure de l'échange de lettres ainsi que les motifs ayant empêché sa régularisation en temps voulu, ainsi que les mesures envisagées afin de procéder à cette régularisation dans les meilleurs délais.

Le marché régularisant l'échange de lettres, peut être un marché à prix provisoire de l'article 18. Dans ce cas les avances et acomptes prévus au titre IV du présent code sont exclus.

35.6. Intervention de la commission d'appel d'offres pour les marchés négociés des collectivités territoriales

Le paragraphe V concerne également les établissements publics de santé et les établissements médico-sociaux.

Il ne porte que sur la procédure du marché négocié et non ses cas d'utilisation.

La règle qu'il pose concerne les marchés des collectivités territoriales et complète utilement les indications apportées par les articles relatifs à la procédure du marché négocié.

Le recours à la procédure négociée suppose au préalable pour les collectivités territoriales un avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres. Cet avis portera en particulier sur la régularité du recours à la procédure négociée.

Il est à noter qu'à défaut d'avis favorable obtenu préalablement au lancement de la procédure, celle-ci sera entachée d'irrégularité.

Seuls les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours (article 73, III, 3°) et les marchés de maîtrise d'œuvre (article 74) échappent à cette obligation.

Section 5 - Autres procédures.

Sous-section 1 - Appel d'offres sur performances.

Article 36

La procédure d'appel d'offres sur performances est une procédure par laquelle la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre. Cet appel d'offres est toujours restreint.

L'appel d'offres sur performances peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, ou sur l'exécution d'un projet préalablement défini en tout ou partie.

La personne responsable du marché ne peut recourir à la procédure de l'appel d'offres sur performances que lorsqu'elle n'est pas en mesure :

- soit de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins ;*
- soit d'évaluer les solutions techniques ou financières disponibles.*

La procédure d'appel d'offres sur performances cherche à répondre aux difficultés spécifiques rencontrées par les acheteurs, notamment pour des secteurs particulièrement complexes en évolution constante comme le domaine de la haute technologie, dans lesquels les acheteurs connaissent leurs besoins mais ignorent à l'avance la meilleure solution technique pour les satisfaire.

Les acheteurs publics peuvent en effet objectivement ne pas être en mesure de définir les moyens - qu'ils soient techniques ou financiers - qui répondraient le mieux à leurs besoins. Ils peuvent également souhaiter trouver des solutions innovantes en étant objectivement dans l'incapacité d'évaluer ce que les opérateurs peuvent offrir en termes de solutions techniques ou financières.

36.1. Les cas de recours à la procédure de l'appel d'offres sur performances

Il est possible de recourir à cette procédure dans les deux cas présentés ci-après.

36.1.1. Lorsqu'il est impossible d'élaborer un cahier des charges décrivant explicitement les moyens à mettre en œuvre pour satisfaire le besoin

L'acheteur ne doit pas être raisonnablement en mesure de donner un descriptif de la solution technique nécessaire pour satisfaire à ses besoins.

36.1.2. Lorsque des moyens ou des solutions techniques existent, mais que l'acheteur ne peut en évaluer correctement la valeur technique et le coût

Dans certains domaines techniques, il peut être particulièrement difficile pour l'acheteur public d'apprécier si les moyens qui peuvent exister sont réellement de nature à satisfaire ses besoins dans des conditions acceptables.

36.1.3. Exemples

Ce sont les caractéristiques du marché dont la passation est envisagée qui autorisent ou non le recours à cette procédure. On peut toutefois citer les secteurs où son utilisation a déjà été observée et peut, dans certains cas, être appropriée.

Ainsi, dans le domaine informatique, cette procédure peut s'avérer particulièrement bien adaptée. Il en va notamment ainsi lorsqu'il n'est pas possible de préjuger des solutions qui pourraient être apportées aux besoins de la collectivité en raison de l'évolution rapide des techniques et des modes de commercialisation ; ou encore lorsque la nature des besoins à satisfaire est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre des propositions homogènes.

Les campagnes de communication peuvent également nécessiter le recours à cette procédure. Il y a lieu ici de rappeler que l'article 69 du présent code permet, pour les marchés relatifs à des opérations de communication qui sont passés conformément à la procédure de l'appel d'offres sur performances, de recourir à des règles spécifiques d'exécution.

Cette procédure peut être également adaptée pour la construction de certains équipements techniques complexes.

Elle est en revanche tout à fait inappropriée pour l'achat de produits d'entretien, ou encore pour des marchés de mobilier urbain.

36.2. Le cahier des charges

Le cahier des charges définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire.

Le cahier des charges techniques, appelé programme fonctionnel détaillé, définit seulement les exigences de la personne publique (obligation de résultat), et ne décrit pas de solution technique particulière imposée pour satisfaire ces exigences ou atteindre ces résultats. Il exprime seulement, autant que possible sous la forme de valeurs quantifiées, des performances à atteindre et le mode de vérification est à préciser (référence des normes d'essai ou d'épreuve quand elles existent, ou spécifications techniques et mode de preuve de conformité).

Le dossier de consultation doit comporter des moyens ou méthodes de vérification des résultats attendus.

Il incombe aux entreprises qui participent à la consultation de définir les spécifications techniques de la prestation à fournir. Ce sont donc elles qui élaborent le projet de cahier des clauses techniques particulières du marché et qui le remettent à l'appui de leur offre. Elles le font au vu du programme fonctionnel et dans le respect des exigences qu'il contient en termes de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire.

Selon la marge d'incertitude rencontrée par l'acheteur, l'appel d'offres sur performances peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, ou sur l'exécution d'un projet préalablement défini en tout ou partie.

Lorsque l'acheteur est en mesure de définir, fut-ce pour partie, les moyens de satisfaire ses besoins, il doit le faire.

Pour le reste, les entreprises candidates apporteront une réponse technique aux points pour lesquels l'acheteur peut seulement définir des exigences de résultats à atteindre ou de besoins à satisfaire.

36.3. L'appel d'offres sur performances est toujours un appel d'offres restreint

Il y a donc lieu de se reporter aux règles précisées par les articles 61 à 65 pour le déroulement de la procédure de l'appel d'offres restreint.

Toutefois, l'article 68 prévoit plusieurs règles spécifiques à la procédure d'appel d'offres sur performances qui dérogent au droit commun de l'appel d'offres restreint.

Sous-section 2. Procédure propre aux marchés de conception-réalisation.

Article 37

La procédure propre aux marchés de conception-réalisation est une modalité particulière d'appel d'offres sur performances qui n'est applicable qu'aux marchés qui portent à la fois sur l'établissement des études et sur l'exécution des travaux pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

Il ne peut être recouru à cette procédure que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la destination ou aux techniques de réalisation de l'ouvrage. Sont concernés des ouvrages dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation ainsi que des ouvrages 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 entreprises.

37.1. Définition

La conception-réalisation est une forme dérivée de l'appel d'offres sur performances pour la réalisation de certains ouvrages. Il y a donc lieu de se reporter aux articles 24, 36 et 68 qui régissent la procédure de l'appel d'offres sur performances.

Le présent article définit toutefois des conditions spécifiques pour pouvoir recourir à cette procédure, et par ailleurs l'article 70 prévoit des règles particulières dérogatoires pour son déroulement.

37.2. Ouvrages concernés

Les ouvrages visés sont ceux mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

Il s'agit pour l'essentiel d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure, ainsi que d'équipements industriels destinés à leur exploitation. Le maître d'ouvrage doit être l'une des personnes que l'article 1^{er} de la loi définit. Par ailleurs, certaines exceptions sont prévues faisant échapper certains ouvrages au champ d'application de la loi.

[Article 1 de la loi MOP : « Les dispositions de la présente loi sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont :

1° L'Etat et ses établissements publics ;

2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L 321-1 du code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L 166-1 du code des communes [nouveau L. 5721-2 du CGCT] ;

3° Les organismes privés mentionnés à l'article L 64 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;

4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Toutefois, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables :

- aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation. Un décret en Conseil d'Etat détermine les catégories d'ouvrages mentionnés au présent alinéa ;

- aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du titre premier du livre III du code de l'urbanisme;

- aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L 411-2 du code de la construction et de l'habitation par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil.

Lorsqu'ils sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'autres régimes juridiques, les ouvrages édifiés par les organismes énumérés à l'article L 411-2 du code de la construction et de l'habitation peuvent être dispensés de tout ou partie de l'application de la présente loi. Cette dispense est accordée par décision du représentant de l'Etat dans le département. »]

Le marché de conception-réalisation porte à la fois sur l'établissement des études et sur l'exécution des travaux.

En ce qui concerne les situations auxquelles s'applique l'article 10 de la loi MOP, la procédure d'appel d'offres sur performances peut être utilisée pour lancer une consultation anticipée avant la fin des études de maîtrise d'œuvre, pour un ou plusieurs lots, lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention, dès l'établissement des avant-projets, de l'entrepreneur ou du fournisseur de produits industriels.

À l'inverse, si dans les limites de l'article 18 de la loi MOP, la collectivité envisage de confier au même titulaire l'établissement des études d'un ouvrage et l'exécution des travaux, elle doit utiliser la procédure de conception-réalisation et non l'appel d'offres sur performances.

37.3. Conditions d'utilisation

Dans la mesure où la conception-réalisation porte, par définition, à la fois sur la réalisation des études et sur l'exécution des travaux, il faut pour pouvoir y recourir que des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Les motifs justifiant le recours à la conception-réalisation peuvent être de deux sortes. Ces motifs d'ordre technique peuvent tenir, soit à la destination de l'ouvrage, soit aux techniques de réalisation envisagées. Ils devront évidemment figurer dans le rapport de présentation prévu à l'article 75.

37.3.1. Motifs tenant à la destination de l'ouvrage

Sont concernés des ouvrages dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation.

37.3.2. Motifs tenant à la technique de réalisation de l'ouvrage

Des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières ne peuvent justifier à elles seules le recours à cette procédure. Elles doivent avoir pour conséquence de nécessiter le recours à des procédés qui relèvent de la technicité propre des entreprises susceptibles de les réaliser.

Sous-section 3 – Concours

Article 38

Le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit, après mise en concurrence

et avis du jury mentionné à l'article 25, 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 des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché.

Le concours peut être ouvert ou restreint.

Le règlement du concours peut prévoir que les concurrents bénéficient du versement de primes.

38.1. L'objet du concours

Le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit un plan ou un projet. Il a donc en premier lieu pour objet des prestations de conception.

Le concours vise à aboutir à la passation d'un marché avec l'un des lauréats. Les prestations de réalisation du plan ou du projet choisi par la personne publique ont ainsi vocation à donner lieu à un marché.

L'article 35 § III, 3° prévoit que peuvent être passés sous la forme d'un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours.

L'article 71 précise les conditions de passation du marché faisant suite à un concours.

38.2. Domaines d'utilisation

Il peut être recouru à la procédure du concours principalement dans les domaines de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, dans le domaine de l'architecture et de l'ingénierie, ou encore dans le domaine du traitement des données.

Il est toutefois à noter que cette liste n'est pas donnée de manière exhaustive.

38.3. Les deux procédures possibles de concours

Le concours est obligatoirement passé après mise en concurrence. Deux procédures sont possibles :

- le concours ouvert, c'est-à-dire la procédure de concours dans laquelle tous les candidats recevables peuvent présenter une offre ;
- le concours restreint, c'est-à-dire la procédure de concours dans laquelle la personne publique sélectionne les candidats qui seront admis à présenter une offre.

La distinction entre concours ouvert et concours restreint est donc comparable à celle existant entre appel d'offres ouvert et appel d'offres restreint, qui sont définis à l'article 33.

Le déroulement de chacune de ces deux procédures est précisé à l'article 71.

38.4. L'intervention d'un jury

Sa composition est définie par l'article 25.

Le présent article rappelle que le jury est appelé à donner un avis. Ses attributions sont précisées à l'article 71.

38.5. Les primes versées aux candidats

La question est précisée par l'article 71.

Chapitre III – Règles générales de passation

Section 1 - Organisation de la publicité

Article 39

I. - Au-delà du seuil de 750 000 € HT pour les fournitures et les services et de 5 000 000 € HT pour les travaux, les marchés font l'objet d'un avis de préinformation. Cet avis est adressé pour publication à l'Office des publications officielles des Communautés européennes par la personne responsable du marché.

II. - Pour les marchés de fournitures et de services, cet avis est adressé dès le début de l'exercice budgétaire.

La personne responsable du marché indique les montants totaux des fournitures ou des services, estimés par groupes de produits ou catégories de services, susceptibles de faire l'objet de marchés pendant les douze mois suivants.

III. - Pour les marchés de travaux, l'avis est adressé dans les meilleurs délais après la décision de réaliser un programme de travaux. La personne responsable du marché indique les caractéristiques essentielles des marchés prévus pour la réalisation de ce programme.

39.1. Définition et contenu de l'avis de préinformation

Le code confère un caractère obligatoire à l'avis de préinformation communautaire à partir de seuils spécifiques qui sont les seuils de publicité européenne.

Au-delà du seuil de 750 000 € HT pour les fournitures et les services et de 5 000 000 € HT pour les travaux, les marchés publics doivent faire l'objet d'un avis de préinformation devant être publié au JOCE.

Cet avis vise à informer le plus tôt possible les entreprises en leur faisant connaître les caractéristiques essentielles des programmes d'achats de fournitures, de prestations de services ou de réalisations de travaux qu'une personne publique envisage d'effectuer. Il est destiné, aussitôt que le programme de fournitures, services ou travaux est établi, à susciter l'intérêt des fournisseurs potentiels et de les mettre sur un même pied d'égalité. Il peut être publié dès que la personne responsable du marché le juge utile et, le cas échéant, avant le début de l'exercice budgétaire.

Le contenu des avis de préinformation n'est pas fixé par le code, toutefois les nécessités de la mise en concurrence conduisent à faire figurer dans ces avis une liste de mentions minimales propres à assurer l'information des candidats potentiels. A cet égard, les directives « marchés publics » contiennent, en annexe, des modèles d'avis permettant d'apprécier ces mentions.

Il apparaît ainsi que les avis de préinformation doivent au minimum contenir :

- l'identité et les coordonnées de la personne responsable du marché ;
- les caractéristiques procédurales : la date provisoire du lancement des procédures de passation du ou des marchés
- les caractéristiques de la prestation : la nature, la quantité ou la valeur des produits ou travaux à fournir, lieu de livraison ou d'exécution, délai éventuel de livraison, estimation du montant total envisagé des achats ou fourchette du coût des travaux envisagés.

En effet, s'agissant plus particulièrement des marchés de travaux, l'avis de préinformation devra indiquer l'estimation de la fourchette du coût des prestations envisagées, et dans le cas où l'ouvrage est divisé en plusieurs lots, les caractéristiques essentielles de ces lots par rapport à l'ouvrage, si les renseignements concernant lesdits lots sont disponibles.

Le calcul du montant des seuils s'effectue suivant les modalités définies à l'article 27 du présent code, par référence à la nomenclature définie par arrêté interministériel.

39.2. Envoi de l'avis à publication

Ces avis doivent être adressés pour publication à l'office des publications officielles des Communautés européennes (OPOCE - 2, rue Mercier-L-2985 Luxembourg) qui en assure, à titre gratuit, la publication dans le « supplément S » du JOCE ; l'envoi et la publication des avis peuvent être faits par la voie électronique.

Pour les marchés de travaux, l'avis doit être adressé à l'OPOCE dans les meilleurs délais après la prise de décision de réalisation du programme de travaux ; pour l'ensemble des marchés de services et fournitures prévus pour les douze mois à venir, et dont le montant est estimé par groupes de produits ou catégorie de services, il doit être adressé dès le début de l'exercice budgétaire.

L'avis de préinformation ne lie pas la personne publique, qui peut toujours décider de renoncer à la passation des marchés envisagés.

Si la publication d'un avis de préinformation permet une réduction des délais normaux de réception des offres, en application des articles 58 et 63, elle ne dispense en revanche pas les acheteurs publics de respecter les diverses modalités de publicité, et notamment celles énoncées à l'article 40.

Article 40

I. - Les marchés publics sont précédés d'un avis d'appel public à la concurrence sous réserve des exceptions prévues pour les marchés sans formalités préalables et pour les marchés négociés passés sans publicité préalable.

En cas de procédure restreinte, la personne responsable du marché peut faire paraître un seul avis pour un ensemble de marchés qu'elle prévoit de lancer, pour des prestations de même nature, au cours d'une période maximale de douze mois.

II. - Les avis d'appel public à la concurrence sont insérés dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. Au-delà du seuil de 130 000 € HT pour les marchés de l'Etat et de 200 000 € HT pour les marchés des collectivités territoriales, l'avis est obligatoirement publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics.

III. - Au-delà du seuil de 130 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat, de 200 000 € HT pour les mêmes marchés des collectivités territoriales et de 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux, l'avis est en outre publié au Journal officiel des Communautés européennes.

IV. - Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier ces avis, conformément au texte de l'avis transmis par la personne responsable du marché, dans les onze jours ou, en cas d'urgence, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.

V. - L'insertion des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles des Communautés européennes ; ces avis ne peuvent fournir d'autres renseignements que ceux qui sont adressés à l'office précité.

VI. - Les avis sont adressés à l'organe de publication par tout moyen permettant de donner date certaine à l'envoi.

40.1. L'avis d'appel public à la concurrence

Sauf exceptions mentionnées dans l'article 40, les marchés publics doivent faire l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence qui marque le lancement de la procédure. Les avis d'appel public à la concurrence doivent faire l'objet d'une publication dans les supports énumérés par le code, sous peine de constituer un manquement aux obligations de publicité. La publicité constitue une formalité substantielle dont l'omission ou le caractère irrégulier entache le marché de nullité.

Les modalités d'organisation de la publicité sont déclinées en fonction du montant des marchés à passer ; les seuils de publicité et de procédure sont fusionnés.

Une particularité est à signaler concernant les cas de procédure restreinte, pour lesquels la personne responsable du marché peut faire paraître un seul avis d'appel public à la concurrence pour plusieurs marchés lorsque ces derniers portent sur des prestations de même nature pour une période maximale de douze mois.

Le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence n'est plus décrit par le présent code, il est néanmoins possible de se reporter aux modèles européens figurant en annexe des directives « marchés publics ».

Les frais d'insertion des avis sont à la charge de la personne publique qui lance l'appel à la concurrence. Dans le cadre des groupements de commandes, la mutualisation des frais d'insertion peut être réglée par voie de convention entre les adhérents du groupement.

Il est à noter que les collectivités locales ne doivent envoyer l'avis à la publication qu'après avoir été autorisées par leur assemblée délibérante à lancer la procédure de passation des marchés.

40.2. Le choix et les modalités de la publication

40.2.1. Les marchés dont le montant est compris entre 90 000 €HT et 130 000 €HT pour l'Etat et 200 000 €HT pour les collectivités territoriales

En dessous des seuils de l'appel d'offres, les avis d'appel public à la concurrence peuvent être publiés au Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP, édité par la Direction des Journaux Officiels, 26, rue Desaix, 75527 PARIS cedex 15 et pouvant être consulté par voie électronique : journal-officiel.gouv.fr) ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales.

La liste des publications habilitées à recevoir des annonces légales est fixée dans chaque département par arrêté préfectoral, précisant aussi le tarif des insertions. Pour connaître cette liste, les acheteurs sont invités à se rapprocher de leur préfecture, service du dépôt légal.

Lorsque le marché est exécuté dans un autre département que celui du service ou de l'établissement, l'annonce est envoyée à une publication habilitée à recevoir des annonces légales dont le siège est dans le département d'exécution des prestations.

Les obligations de publication au BOAMP ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales présente un caractère alternatif et non cumulatif, même si la personne publique peut recourir à ces deux modes de publicité à la fois. Si elle retient cette dernière possibilité, elle doit veiller, pour éviter tout contentieux sur la régularité de la publicité, à envoyer les différents avis à la même date.

L'avis de publication est global pour un marché donné. Il ne peut y avoir d'avis de publication séparés pour un ou plusieurs lots lorsque le marché est alloté.

Pour mémoire, les marchés inférieurs au seuil de 90 000 €HT mentionné à l'article 28, ne sont soumis à aucune obligation de publicité formalisée.

40.2.2. Les marchés dont le montant est supérieur au seuil de 130 000 €HT pour l'Etat et 200 000 €HT pour les collectivités territoriales

Au-dessus des seuils de l'appel d'offres, les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés au Bulletin officiel des Annonces des Marchés publics. Le défaut de publication au BOAMP entache de nullité la procédure. Sauf cas particulier des marchés de travaux développé ci-après, les avis relatifs à ces marchés doivent également faire l'objet d'une publicité communautaire.

40.2.2.1. Les marchés de fournitures et de services doivent faire l'objet, à partir des seuils de 130 000 €HT pour l'Etat et de 200 000 €HT pour les collectivités territoriales, d'une double publicité sous la forme d'un avis publié au BOAMP et d'une publication au Journal officiel des communautés européennes (JOCE).

40.2.2.2. En ce qui concerne les marchés de travaux, ils ne sont soumis à l'obligation de publicité communautaire qu'à partir du seuil de 5 000 000 €HT. Entre le seuil de l'appel d'offres et ce seuil de 5 000 000 €HT, seule la publicité au BOAMP est obligatoire.

L'envoi à l'office des publications officielles des communautés européennes doit précéder l'insertion au BOAMP. Les avis d'appel à la concurrence nationale et communautaire doivent contenir les mêmes renseignements.

40.3. Les délais

Le BOAMP est tenu de publier les avis dans les onze jours, ou en cas d'urgence dans les six jours, qui suivent la date de réception des avis. En cas d'urgence, elle doit être mentionnée expressément dans l'avis.

Le BOAMP est tenu de publier l'avis conformément au texte transmis par la personne publique, au mot près.

40.4. Le contenu

Le contenu des avis d'appel public à la concurrence n'est pas défini par le code, toutefois les nécessités de la mise en concurrence imposent que figure dans ces avis une liste de mentions minimales propres à assurer l'information des candidats potentiels.

A cet égard, les directives « marchés publics » contiennent en annexe des modèles d'avis permettant d'apprécier ces mentions. Ces modèles ont un caractère contraignant pour les marchés supérieurs aux seuils de publicité communautaires.

Il est recommandé (pour les marchés non soumis aux publicités communautaires) de se référer également à ces modèles qui contiennent :

- l'identité et les coordonnées de la personne publique ainsi que de la personne responsable du marché ;
- les caractéristiques procédurales : le mode de passation choisi, et le cas échéant la justification du recours à l'urgence ;
- pour les marchés de fournitures : la nature des produits à fournir, en indiquant, notamment, si les offres sont sollicitées en vue d'un achat, d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente ou d'une combinaison de ceux-ci, le numéro de référence de la nomenclature, la quantité des produits à fournir, en indiquant notamment les options concernant des achats complémentaires, dans le cas de marchés reconductibles, le calendrier des marchés publics ultérieurs pour les achats envisagés ;
- pour les marchés de services : la catégorie du service et la description de celui-ci, le numéro de référence de la nomenclature, la quantité des services à fournir, l'indication éventuelle des options concernant des achats complémentaires, dans le cas de marchés reconductibles, le calendrier des marchés publics ultérieurs pour les achats de services envisagés ;
- pour les marchés de travaux : la nature et l'étendue des travaux, les caractéristiques générales de l'ouvrage ;

- si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots et l'indication de la possibilité, pour les opérateurs économiques, de soumissionner pour un, plusieurs et/ou la totalité de ces lots ;
- le lieu de livraison ou d'exécution, le délai éventuel de livraison ;
- la durée du marché et, dans la mesure du possible, la date limite à laquelle seront livrées les fournitures, fournis les services ou, commenceront les travaux ;
- s'il y a lieu, les conditions particulières de réalisation du marché ;
- les nom et adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés ;
- la date limite de réception des offres et la date d'envoi de l'avis à publication ainsi que la date de réception de l'avis par l'office des publications officielles des Communautés européennes.
- les renseignements demandés sur la situation des candidats ainsi que sur leurs capacités techniques, économiques et financières ;
- les critères d'attribution du marché (sur la hiérarchisation des critères voir point 53 ci après);

Cette liste de mentions n'est pas limitative, et il est loisible à la personne responsable du marché de fournir toutes autres indications qu'elle jugera utiles.

Il est important de noter que l'avis doit toujours être sincère.

Section 2 - Information des candidats

Article 41

Les pièces nécessaires à la consultation des candidats à un marché leur sont remises gratuitement. Toutefois, les candidats aux marchés des collectivités territoriales peuvent être tenus de fournir un cautionnement. Le cautionnement est déposé entre les mains du comptable ou d'un régisseur de la collectivité territoriale intéressée. Il est restitué à l'issue de la procédure.

41.1. Gratuité du dossier de consultation

Les pièces nécessaires à la consultation sont remises gratuitement aux candidats aux marchés. L'avis d'appel public à la concurrence peut prévoir, en outre, les conditions dans lesquelles les candidats peuvent obtenir d'autres exemplaires du dossier de la consultation ou des copies de pièces qui les intéressent.

Les dossiers de consultation doivent pouvoir être retirés sur place dès le jour de parution de l'annonce et jusqu'à la date limite de réception des offres.

41.2. Le cautionnement

Afin d'éviter un alourdissement des charges des collectivités territoriales, un cautionnement peut être demandé aux candidats qui retirent un dossier de consultation.

Dans ce cas, l'attention des collectivités territoriales est appelée sur l'obligation de fixer le principe et les modalités du cautionnement dans le règlement de la consultation. Elles doivent y indiquer le montant du

cautionnement demandé. Une copie du règlement de la consultation devra être remise par la collectivité dès que possible au comptable assignataire (ou, le cas échéant, au régisseur) afin qu'il puisse prendre en charge le cautionnement.

La remise du cautionnement est faite par les entreprises auprès du comptable assignataire, ou auprès du régisseur de la collectivité, préalablement au retrait du dossier de consultation

La liste des entreprises ayant retiré un dossier de consultation, attestée par l'ordonnateur, est transmise par celui-ci au comptable.

Le cautionnement est remboursé aux entreprises – qu'elles aient ou non remis une offre – à partir de la date de notification du marché. A cette fin, le comptable restitue aux entreprises leur chèque ou procède aux opérations nécessaires au remboursement qu'il a pris en charge, si celui-ci a été déposé en espèces. Cette opération est automatique et n'a donc pas à être demandée par les entreprises concernées.

Article 42

Les marchés passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation. Les mentions figurant dans ce règlement sont précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

42.1. Cas général

L'avis d'appel public à la concurrence mentionné à l'article 40 est complété par un règlement de la consultation, sauf si les renseignements de l'avis sont suffisants et comprennent les informations devant figurer dans le règlement. Le contenu de ce règlement est fixé par un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et un modèle est annexé à cet arrêté.

La personne publique a donc le choix entre deux formules :

- soit, elle rédige un avis d'appel public à la concurrence réduit à des mentions minimales et elle le complète par un règlement de la consultation,
- soit, elle choisit de publier un avis d'appel à la concurrence complet qui comporte les mentions obligatoires indiquées dans l'arrêté prévu au présent article et elle est dispensée de l'établissement d'un règlement de la consultation.

42.2. Cas particulier : la fourniture d'échantillons

L'acheteur public ne peut exiger la fourniture d'un échantillon qu'à la condition de l'avoir expressément prévue dans le règlement de la consultation et de faire figurer cette demande dans l'avis d'appel public à la concurrence. En outre, les modalités de transmission, d'examen et de renvoi des échantillons doivent également être précisées dans le règlement de la consultation.

Le nombre des échantillons devra être proportionné avec l'objectif de procéder au meilleur choix et compatible avec le niveau de spécification technique exigé du produit. Par ailleurs, l'acheteur public ne pourra demander des échantillons dont le nombre serait tel qu'il répondrait d'ores et déjà à une partie trop importante du besoin exprimé.

En outre, le règlement de la consultation pourra toujours prévoir des modalités d'indemnisation des entreprises, notamment en cas de coût élevé des offres, pour le paiement de certains échantillons ou de tests conduisant à l'altération d'échantillons représentant un exemplaire du produit lui-même.

Section 3 – Conditions d'accès à la commande publique relatives à la situation fiscale et sociale des candidats et aux difficultés des entreprises

Article 43

Conformément à l'article 39 de la loi n° 54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale, ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou n'ont pas effectué le paiement des impôts et cotisations exigibles à cette date.

Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, entre le 31 décembre et la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme mentionné ci-dessus.

Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux alinéas précédents ne peuvent être personnellement candidates à un marché.

La liste des impôts et cotisations mentionnés ci-dessus est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de l'emploi.

43.1. La régularité de la situation sociale et fiscale est une condition d'accès aux marchés publics

Les personnes qui ne sont pas en règle au regard de leurs obligations sociales et fiscales ne peuvent accéder aux marchés publics passés selon l'une des procédures formalisées décrites dans le code, quelles qu'en soient les modalités.

Pour les marchés passés sans formalités préalables, il n'y a donc pas lieu de demander au futur titulaire du marché, avant signature du marché de produire ses certificats fiscaux et sociaux.

43.2. Impôts et cotisations sociales au regard desquels est appréciée la régularité de la situation des candidats à un marché public

La liste des impôts et les cotisations sociales est énumérée dans l'arrêté pris en application du dernier alinéa de cet article.

43.3. Champ d'application de la règle

Sauf disposition particulière du dernier alinéa de l'article 46, cette obligation concerne toute personne qui fait acte de candidature dans le cadre d'une procédure de marché formalisée et notamment :

- les établissements publics à caractère industriel et commercial qui sont des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés ainsi qu'à la taxe sur la valeur ajoutée dans les conditions de droit commun,
- les organismes sans but lucratif - associations de la loi de 1901 notamment - qui peuvent dans le cadre de la réalisation de leur objet social, exercer une activité rémunérée,
- les sous-traitants (cf. article 114, alinéa 8) qui doivent remettre une déclaration indiquant qu'ils ne tombent pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics et notamment de l'interdiction prévue par l'article 43.

Seules peuvent concourir aux marchés publics les entreprises qui ont souscrit les déclarations leur incombant au titre des régimes fiscaux et sociaux dont elles relèvent.

43.4. Cas particuliers

43.4.1. Les entreprises nouvelles

L'entreprise créée au cours de l'année du lancement de la procédure ne peut obtenir de certificats fiscaux ou sociaux. Elle n'a donc à produire au minimum qu'une copie certifiée conforme du récépissé de dépôt du centre de formalités des entreprises ou un extrait du registre du commerce ou toute autre pièce officielle attestant de sa naissance dans l'année.

43.4.2. Le groupe fiscalement intégré

Dans un groupe fiscalement intégré, la société mère se constitue seule redevable de l'impôt sur les sociétés ; elle seule peut donc justifier du paiement de cet impôt pour l'ensemble des sociétés se trouvant dans le périmètre du groupe.

43.4.3 Les entreprises bénéficiant d'un plan de règlement

Sont considérés comme en règle au regard du recouvrement, les candidats aux marchés publics qui ont obtenu du comptable ou de la commission départementale des chefs des services financiers un plan de règlement échelonné de la TVA dès lors qu'ils en auront strictement respecté les conditions au 31 décembre de l'année n-1.

43.4.4. Les entreprises soumissionnaires en situation de redressement judiciaire

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées :

1° l'entreprise est placée en redressement judiciaire au cours de l'année n-1 et un plan de redressement a été adopté avant le 31 décembre de l'année n-1 ; le soumissionnaire est en règle si le plan est respecté.

La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par « l'entreprise respecte le plan » quand le plan propose un échéancier de paiements et que la date de la première échéance intervient après le 31 décembre de l'année n-1. Au cas particulier, l'administration n'a pas pu vérifier la volonté de l'entreprise de respecter le plan par le règlement de la première échéance car il n'a pas été effectué. Le plan fixe les obligations à respecter, si la concrétisation du respect des obligations fixées par le plan ne peut intervenir qu'après la date du 31 décembre de l'année n-1, rien ne permet d'affirmer que l'entreprise ne respecte pas ses obligations.

2° l'entreprise est placée en redressement judiciaire au cours de l'année n-1 et au 31 décembre de l'année n-1 aucun plan de redressement n'a été adopté. L'entreprise est encore dans la première phase de la procédure de redressement judiciaire, à savoir, la période d'observation.

L'entreprise ne peut être considérée comme en règle au regard de ses obligations dans la mesure où d'une part elle n'a pas au 31 décembre de l'année n-1 acquitté ses obligations et où d'autre part elle ne peut plus les acquitter. L'appréciation de la régularité de la situation de l'entreprise se fait au 31 décembre de l'année n-1. C'est à cette date que l'entreprise doit avoir satisfait à l'ensemble des obligations déclaratives ou de paiement lui incombant au plus tard à cette même date, quel que soit l'exercice auquel se rapporte l'obligation.

3° l'entreprise est placée en redressement judiciaire au cours de l'année n, mais au 31 décembre de l'année n-1 elle s'est acquittée de ses obligations.

Dans la mesure où l'entreprise est à jour de ses cotisations au 31 décembre de l'année n-1, elle est dans une situation régulière et elle a pu, par hypothèse, demander la délivrance d'un état annuel des certificats reçus dès le début de l'année n. Cet état vaut pour toute l'année n et toutes les consultations de marchés publics

lancés au cours de l'année n, quand bien même le candidat serait défaillant (en matière fiscale ou sociale) dans le cours de l'année n.

4° l'entreprise a été placée en redressement judiciaire au cours de l'année n-1 et un plan de redressement est adopté entre le 31 décembre de l'année n-1 et la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence au cours de l'année n.

En principe compte tenu du fait que la régularité de la situation de l'entreprise s'apprécie au 31 décembre de l'année n-1, si à cette date le candidat n'est pas en règle, il ne peut pas poser sa candidature à un marché au cours de l'année n.

43.4.5. Les soumissionnaires régularisant le dépôt de leurs déclarations à la date de la demande d'attestation

A titre dérogatoire, les entreprises n'ayant pas déposé les déclarations requises au 31 décembre de l'année n-1 mais qui auront intégralement régularisé leur situation à la date de la demande d'attestation seront considérées comme en règle au regard du dépôt de leurs déclarations.

43.4.6. Les soumissionnaires régularisant leurs paiements à la date de la demande d'attestation

A titre dérogatoire, les entreprises reliquataires au 31 décembre de l'année n-1 mais qui auront intégralement régularisé leur situation à la date de la demande d'attestation seront également considérées comme en règle au regard du paiement de la TVA.

43.5. Date à laquelle s'apprécie la régularité de la situation du candidat au marché public

La date à prendre en compte pour l'appréciation de la régularité de la situation de l'entreprise au regard de ses obligations fiscales et sociales est le 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation.

Le lancement de la consultation débute avec l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ainsi pour une consultation dont l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé le 29 décembre 2001 à la publication, les certificats fiscaux et sociaux relatifs à la situation du candidat établis au 31 décembre 2000 sont suffisants. Néanmoins si les candidats produisent des certificats fiscaux et sociaux relatifs à leur situation au 31 décembre 2001 ces candidats devront être considérés comme satisfaisant aux règles posées par l'article 43 car ils n'auraient pu obtenir ces certificats s'ils n'avaient pas été en règle au titre de l'année précédente.

La personne publique qui déclare une offre irrecevable à la suite d'une erreur sur l'exercice à prendre en compte pour apprécier la situation des candidats commet une erreur de droit.

43.6. Mesures d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement

Par mesures d'exécution du comptable il faut entendre les actes qu'accomplit, dans le cadre proprement dit des procédures civiles d'exécution, le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement pour recouvrer par la contrainte les sommes qui lui sont dues.

Les procédures civiles d'exécution trouvent leurs fondements juridiques dans divers textes dont les principaux sont la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et son décret d'application n° 92-755, le code de procédure civile, le code de la sécurité sociale ou encore le livre des procédures fiscales. Il s'agit essentiellement de l'avis à tiers détenteur, la saisie-attribution, la saisie-vente, la saisie-immobilière.

En ce qui concerne les impôts, seules les réclamations assorties de l'effet suspensif aux termes des articles L. 277 à L. 279 A du livre des procédures fiscales et le dépôt de garanties suffisantes peuvent justifier le non paiement d'un impôt et de la majoration de 10 % correspondante à la date retenue pour l'appréciation.

Il est précisé que la présentation d'une demande en remise gracieuse visant soit l'impôt soit une majoration de 10 % ou des frais de poursuite n'autorise pas le soumissionnaire à se considérer en règle dès lors que le paiement n'est pas intervenu.

En ce qui concerne les cotisations sociales, de simples mises en demeure ou la signification d'une contrainte ne doivent pas être considérées comme des mesures d'exécution (lettre-circulaire de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale – ACOSS - du 25 juillet 1994).

43.7. Garanties constituées par le candidat et jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement

Ces garanties, en ce qui concerne les impôts, peuvent être constituées par une consignation à un compte d'attente du Trésor, des créances sur le Trésor, des obligations dûment cautionnées, des valeurs mobilières, des marchandises déposées dans les magasins agréés par l'Etat et faisant l'objet d'un warrant endossé à l'ordre du Trésor, des affectations hypothécaires, des nantissements de fonds de commerce.

En ce qui concerne les cotisations sociales, les garanties peuvent être constituées par toute mesure propre à donner à la caisse créancière l'assurance d'être réglée suivant les modalités proposées et acceptées de part et d'autre. Une caution bancaire, la prise d'un nantissement ou l'inscription d'une hypothèque peut paraître sur ce point une garantie suffisante (lettre-circulaire ACOSS du 25 juillet 1994).

Article 44

Ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire et les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger.

Les personnes physiques ou morales admises au redressement judiciaire ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Le code n'a pas pour objectif d'écartier de la commande publique des soumissionnaires qui connaissent des difficultés passagères. Toutefois la pérennité des contrats et la bonne exécution des prestations ne doivent pas être compromises par les aléas de la situation financière et juridique des entreprises.

Ainsi, dans l'hypothèse où l'entreprise est en redressement judiciaire et que la durée du marché est supérieure à celle de la période d'observation définie par le juge, il est de l'intérêt de l'entreprise candidate et de son administrateur d'apporter au juge compétent tous les éléments de fait et de droit de nature à prolonger ladite période, afin de concourir utilement aux marchés publics. A défaut d'avoir été habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché, l'entreprise en redressement judiciaire ne pourra voir sa candidature retenue.

L'entrepreneur, objet d'une procédure de redressement judiciaire, doit établir par tout moyen à sa convenance que la période d'observation fixée par le juge de la procédure est compatible avec la date et la durée d'exécution du marché. Dès lors que cette compatibilité est établie, la candidature de l'entreprise en redressement judiciaire au marché public doit être examinée dans les mêmes conditions que celles de ses concurrents.

La solution dégagée ci-dessus est également applicable aux entreprises groupées dont une d'entre elles fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire sous les réserves suivantes :

S'il s'agit d'entreprises groupées solidairement la question qu'il appartient à l'acheteur public de trancher est celle de savoir si les autres membres du groupement ont ou n'ont pas la capacité de mener à bien le marché en cas de défaillance éventuelle du membre en cause. Pour les groupements conjoints, il apparaît possible d'admettre que le mandataire du groupement qui, dès la présentation de la candidature ou dès l'admission au redressement judiciaire de l'une des entreprises membres, se déclare solidaire de la réalisation du lot de cette entreprise, puisse garantir l'exécution de l'offre correspondante. A défaut, l'offre du groupement serait incomplète et devrait être rejetée.

L'acheteur public qui retient une entreprise qui lui a caché sa situation de redressement judiciaire, peut revenir sur son choix et reprendre l'examen des offres.

Section 4 - Présentation des candidatures

Article 45

A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que :

1° Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité. La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie ;

2° Si le candidat est en redressement judiciaire, la copie du ou des jugements prononcés à cet effet ;

3° La déclaration que le candidat ne fait pas l'objet d'une interdiction de concourir ;

4° Les certificats et déclarations sur l'honneur mentionnés à l'article 46 ci-après ;

5° Les documents ou attestations figurant à l'article R. 324-4 du code du travail ;

6° L'attestation sur l'honneur que le candidat n'a pas fait l'objet, au cours des cinq dernières années, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions visées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail.

La sélection des candidats s'opère sur la base des renseignements et documents demandés par la personne responsable du marché. Il ne s'agit pas d'exiger tous les renseignements mentionnés au présent article mais il n'est pas possible d'en demander d'autres. Il en résulte qu'un candidat évincé par la personne responsable du marché pour non-production d'un document qui ne serait pas cité au présent article constituerait une faute susceptible de vicier la procédure. A ce stade, aucun élément de proposition relatif au prix ou à la prestation ne peut être réclamé ou fourni.

Cet article renvoie, pour son application, à un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

L'attention des personnes responsables des marchés est appelée sur ce point car il est fortement recommandé, dans un double souci de simplification des procédures et d'ouverture de la commande publique aux PME, de n'exiger des entreprises que les documents strictement nécessaires à l'examen des candidatures.

Ces renseignements ou documents figurent toujours dans la première enveloppe lors d'une procédure d'appel d'offres ouvert. Dans les procédures restreintes, ils sont demandés lors de la première phase de la procédure ou phase de sélection des candidats admis à présenter une offre.

L'usage des formulaires existants facilite la tâche des entreprises dans la mesure où ils contiennent notamment les attestations de l'article 43.

Article 46

Le candidat produit, pour justifier qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales, une déclaration sur l'honneur dûment datée et signée. Le marché ne peut être attribué au candidat retenu que sous réserve que celui-ci produise dans un délai imparti par la personne responsable du

marché les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste de ces administrations et organismes ainsi que la liste des impôts et cotisations sociales pouvant donner lieu à délivrance du certificat.

Le candidat établi dans un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France doit produire un certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine, selon les mêmes modalités que celles qui sont prévues ci-dessus pour le candidat établi en France.

Le candidat établi dans un pays tiers doit, pour les impôts, taxes et cotisations sociales ne donnant pas lieu, dans ledit pays, à la délivrance d'un certificat par les administrations et organismes de ce pays, produire une déclaration sous serment effectuée devant une autorité judiciaire ou administrative de ce pays.

La déclaration ou les certificats prévus au présent article ne peuvent pas être exigés de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs qui ne sont pas soumis aux obligations mentionnées à l'article 43.

46.1. Les candidats établis en France

La déclaration sur l'honneur faite par le candidat pour justifier qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales n'a pas de forme déterminée par un texte, la forme de ce document est libre.

Si le candidat utilise le formulaire de déclaration du candidat, il n'aura pas besoin d'établir un document spécial attestant qu'il est dans une situation régulière au regard de ses obligations fiscales et sociales car elle y est intégrée.

Si, ce qui est recommandé, l'entreprise souhaite fournir directement le certificat au lieu de l'attestation sur l'honneur, elle peut le faire et sa candidature est recevable.

Désormais, seul le candidat retenu est tenu de fournir, avant d'être définitivement désigné comme attributaire du marché, les certificats attestant de la régularité de sa situation au regard de ses obligations fiscales et sociales. La personne responsable du marché fixe le délai dans lequel les certificats fiscaux et sociaux seront fournis, ainsi qu'expliqué dans le commentaire de l'article 53.

Le candidat retenu a donc, pour administrer la preuve qu'il est en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales, le choix entre deux solutions :

- Il a toujours la possibilité de faire lui-même les démarches auprès des organismes compétents afin d'obtenir les certificats fiscaux et sociaux originaux et de produire lui-même une copie certifiée conforme à l'original des divers certificats lors de chaque consultation ;
- Il peut également utiliser la procédure de l'établissement de l'état annuel des certificats reçus et produire une copie, certifiée conforme, dudit état annuel lors de chaque consultation.

46.2. Les candidats non établis en France

Une distinction doit être opérée entre le candidat établi dans un Etat membre de l'Union européenne, c'est à dire dont le siège social se trouve dans un Etat membre, et celui dont le siège social se trouve dans un pays tiers.

S'il s'agit d'un candidat établi dans un Etat membre de l'Union, ses obligations sont identiques à celles des entreprises françaises : il doit fournir les certificats justifiant la régularité de sa situation sociale et fiscale au regard de leur législation nationale.

S'agissant des candidats établis dans un pays tiers, la règle est la même. Toutefois, dans l'hypothèse où les obligations sociales et fiscales ne donnent pas lieu à certificat officiel, l'alinéa 3 de l'article 46, prévoit la

production d'une déclaration sous serment effectuée devant une autorité judiciaire ou administrative du pays considéré.

46.3. L'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements administratifs

S'agissant de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs, il ne pourra être exigé d'eux que les justifications des obligations sociales et fiscales auxquelles ils sont assujettis.

Article 47

L'inexactitude des renseignements prévus aux 2°, 3°, 4°, 5° et 6° de l'article 45 peut entraîner les sanctions suivantes :

1° Par décision du ministre intéressé pour les marchés passés par les services relevant de son autorité ou du préfet intéressé pour les marchés passés par les collectivités territoriales placées sous son contrôle, l'exclusion temporaire du candidat des marchés. Le candidat est invité, au préalable, à présenter ses observations. La décision d'exclusion, motivée, lui est notifiée. Le ministre ou le préfet, selon le cas, assure la publication de sa décision au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ;

2° Par décision de la personne responsable du marché aux frais et risques du déclarant :

a) La reprise en régie des prestations prévues au marché ;

b) La résiliation du marché, suivie ou non de la passation d'un autre marché.

Les excédents de dépenses résultant de la mise en régie ou de la passation d'un autre marché, après résiliation, sont prélevés sur les sommes qui peuvent être dues à l'entrepreneur, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance. Les diminutions éventuelles de dépenses restent acquises à la personne publique.

Les sanctions prévues à cet article sont prises sur le fondement des principes généraux du droit.

L'administration apprécie dans chaque cas, selon la gravité de l'inexactitude et le caractère, volontaire ou non, de l'erreur commise, s'il y a lieu ou non d'infliger une sanction.

L'obligation pour la personne responsable du marché de motiver la sanction, d'inviter préalablement l'entreprise candidate ou titulaire à présenter sa défense, vaut pour toutes les décisions : exclusion temporaire, reprise en régie des prestations ou résiliation du marché. Ce sont des formalités substantielles qui conditionnent la régularité de la sanction.

La décision de reprise en régie ou de résiliation est toujours précédée d'une mise en demeure sauf dispositions contractuelles contraires. La mise en demeure préalable constitue une formalité substantielle dont le non-respect entache d'irrégularité la décision. Elle doit préciser les manquements reprochés au titulaire du marché, mentionner la sanction envisagée et être signée par la personne responsable du marché.

Section 5 - Présentation des offres

Article 48

Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement tel que défini à l'article 11 et établi en un seul original par les candidats aux marchés.

Les offres doivent être signées par les candidats qui les présentent ou par leurs représentants dûment habilités. Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

L'article 48 fait référence à l'article 11 qui définit l'acte d'engagement comme « la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique. »

48.1. Capacité à représenter l'entreprise

La personne responsable du marché doit vérifier si les personnes qui signent les offres au nom des entreprises candidates ont dûment été habilitées. Cette habilitation est différente suivant la forme juridique de l'entreprise considérée (extrait des statuts de la société, délibération du conseil d'administration, pouvoir habilitant une personne nommément désignée à représenter l'entreprise).

Dans le cas où la personne signataire est attachée à plusieurs entreprises, elle ne peut représenter plusieurs entreprises soumissionnaires pour une même prestation.

48.2. Signature

L'offre ou acte d'engagement doit être signé par le candidat ou son représentant dûment habilité. Il s'agit là d'une formalité substantielle prescrite à peine d'irrecevabilité de l'offre.

L'obligation de signature prescrite par cet article ne concerne que l'acte d'engagement. Le code des marchés publics n'impose pas la signature, ni même le paraphe de l'ensemble des documents contractuels (cahiers des charges et documents annexes) auxquels se réfère l'acte d'engagement. Un candidat se trouve donc valablement lié par sa soumission alors même qu'il aurait omis de parapher l'une des pages de l'acte d'engagement et n'aurait pas signé le CCAP.

48.3. Rédaction de l'offre en langue française

L'offre doit être rédigée en français (loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française et circulaire d'application du 19 mars 1996 publiée au Journal officiel du 20 mars 1996). Il convient de rappeler cette obligation dans le règlement de la consultation.

Article 49

La personne responsable du marché peut exiger que les offres soient accompagnées d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché.

Le devis descriptif et estimatif détaillé est un élément de l'offre, distinct des pièces contractuelles indiquées dans le CCAG « Travaux », qui permet d'élaborer le prix du marché et de comparer les offres.

49.1. Caractère facultatif du devis

Dans le même souci de simplification évoqué dans le commentaire de l'article 45, les acheteurs publics veilleront à ne pas demander de devis descriptif et estimatif détaillé lorsque ce n'est pas indispensable ; le devis doit être nécessaire à la détermination du prix et à la comparaison des offres, dans le cas contraire, la demande d'un tel document n'est pas justifiée.

L'exigence du devis, si elle existe, doit figurer dans le règlement de consultation. Lorsque l'acheteur public le demande, il est obligatoire pour le candidat de joindre ce devis à son offre. S'il ne le fait pas, son offre sera irrecevable.

49.2. Absence de valeur contractuelle

Le devis, n'ayant pas de valeur contractuelle, n'a pas à être signé. En conséquence, aucune des parties au marché ne peut se prévaloir d'une erreur ou d'une omission de ce devis. Les erreurs ou omissions dans le devis ne sont pas une cause de nullité du marché et leurs conséquences onéreuses restent à la charge de l'entrepreneur. De manière symétrique, une erreur affectant le devis estimatif n'ouvre pas droit à une réduction de prix au profit de la personne publique.

49.3. Contenu et champ d'application

Le devis doit être suffisamment détaillé et permettre, soit pour l'ensemble de la prestation, soit pour chacun de ses éléments constitutifs, d'analyser les éléments composant le prix. Sa forme et son contenu devront être adaptés aux caractéristiques des prestations.

Ce devis peut concerner tout marché, qu'il porte sur des fournitures, des travaux ou des prestations de service. En pratique, on le conçoit essentiellement pour les marchés de travaux ou de fournitures industrielles.

Article 50

En cas d'appel d'offres ou de mise en concurrence simplifiée, sauf disposition expresse contraire figurant dans le règlement de la consultation, les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas qualifiées d'intangibles dans le règlement de la consultation. Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base.

50.1. Définition

La possibilité ouverte aux entreprises de proposer des variantes est une disposition nouvelle. La variante consiste en une modification, à l'initiative du candidat, de certaines spécifications des prestations décrites dans le cahier des charges ou plus généralement dans le dossier de consultation. Les variantes peuvent conduire à des propositions techniques plus performantes, ou à des propositions financières plus intéressantes (voire les deux à la fois), que celles proposées par l'administration ou le maître d'œuvre.

S'agissant des spécifications des cahiers des charges, il résulte des termes mêmes du code des marchés publics qu'elles peuvent être très diverses. Elles ne se limitent pas nécessairement aux seules spécifications techniques.

La distinction existant entre la variante et l'option ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une option si c'est une demande de la personne publique et d'une variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat.

50.2. Liberté de présenter une variante

Le principe posé par le code des marchés publics est celui de la liberté pour le candidat de proposer des variantes à son offre.

La personne responsable du marché conserve la possibilité de refuser ces variantes dans certains cas, refus qui doit pouvoir être justifié par l'objet du marché ou des circonstances particulières. Dans cette hypothèse, le règlement de la consultation doit préciser et définir les limites en indiquant les spécifications du cahier des charges qui sont intangibles.

Cette possibilité de présenter des variantes est ouverte dans les procédures d'appel d'offres ou de mise en concurrence simplifiée. Les procédures négociées ne sont pas citées dans le présent article car il est évident que la possibilité de variante existe, puisqu'elle peut résulter de la négociation.

50.3. Présentation de la variante

La variante devant être proposée avec l'offre de base, elle doit être présentée en même temps. A défaut, elle est irrecevable.

Dans le cas d'offres avec variantes, deux possibilités existent, au choix de l'entreprise : soit le candidat établit des actes d'engagement séparés pour la solution de base et pour chacune des variantes, soit il établit un seul acte d'engagement sur lequel seront distinguées l'offre de base et sa variante. Dans la première option, le candidat devra signer tous les actes d'engagement.

Les candidats étant liés par les offres qu'ils ont déposées jusqu'à l'expiration de leur délai de validité, il en va de même pour les variantes. Ils ne peuvent donc ni les retirer, ni leur en substituer de nouvelles.

Les variantes sont également traitées à l'article 53-V (examen des offres avec variantes).

Section 6 – Les groupements des candidatures ou des offres

Article 51

I - Les entreprises peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence.

Le groupement est conjoint lorsque, l'opération étant divisée en lots, chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter le ou les lots qui sont susceptibles de lui être attribués dans le marché.

Le groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires membres du groupement est engagé pour la totalité du marché, que l'opération soit ou non divisée en lots.

II - Dans les deux formes de groupements, l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de la personne responsable du marché, et coordonne les prestations des membres du groupement.

Si le marché le prévoit, le mandataire conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, pour l'exécution du marché.

III - En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.

IV - Les candidatures et les offres sont signées soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises au stade de la passation du marché. Un même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

V - La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres.

VI - Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans le règlement de la consultation.

VII - Le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou un de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements.

51.1. Définition du groupement

Le principe de la liberté de groupement des entreprises est inscrit à l'article 51 qui clarifie les modalités d'organisation des deux formes de groupement : solidaires et conjoints. La constitution des groupements doit s'opérer dans le respect du droit de la concurrence.

La possibilité pour une entreprise qui n'a pas la capacité de répondre seule à un marché de se grouper avec d'autres entreprises est affirmée. Le groupement a lieu au stade des candidatures.

Seuls sont concernés ici les groupements momentanés d'entreprises, qui sont constitués pour une période limitée et pour la réalisation d'une opération déterminée. Ces groupements sont composés de personnes morales mais n'ont pas eux-mêmes la personnalité morale.

En conséquence, un tel groupement de durée limitée ne peut être lui-même titulaire d'un marché.

La personne publique ne peut, ni interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés qu'elle envisage, ni exiger que les candidats se présentent groupés. Elle ne peut que, le cas échéant, préciser la forme du groupement qu'elle exigera après l'attribution du marché (voir point 6° ci-après).

Afin de laisser les entreprises réellement libres de se grouper ou non, les acheteurs publics doivent veiller à ce que, dès le stade de l'appel à candidatures, le contenu et l'ampleur des prestations à réaliser soient clairement indiqués. Dans le cas contraire, les entreprises qui découvriraient, après la remise des candidatures, que le volume des prestations excède leur capacité, ne pourraient plus, à ce stade, recourir au groupement alors qu'une information plus adaptée leur aurait permis de le faire plus tôt.

51.2. Description des formes de groupements

Deux formes de groupement peuvent être utilisées : le groupement solidaire ou le groupement conjoint.

51.2.1 - Le groupement conjoint

C'est la forme la mieux adaptée aux petites entreprises qui n'ont pas toujours la capacité d'assumer l'ensemble du marché. Cette forme peut présenter l'inconvénient de priver l'acheteur public de garantie solidaire en cas de défaillance de l'une des entreprises groupées. C'est néanmoins une formule qui permet l'accès des PME à la commande publique et, à ce titre, elle doit être encouragée.

51.2.2 - Le groupement solidaire

C'est la forme qui garantit le mieux les intérêts de l'acheteur public en cas de défaillance de l'une des entreprises groupées mais elle présente quelques inconvénients pour l'accès des plus petites entreprises à l'achat public puisque chaque entreprise est financièrement engagée pour la totalité du marché au titre de la solidarité avec les autres membres du groupement. Il convient de noter que cette solidarité est purement financière et n'implique pas que chaque entreprise ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

51.3. Désignation d'un mandataire du groupement

Quelle que soit la forme du groupement, un mandataire est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire. Un même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

Si le marché le prévoit, le mandataire d'un groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, en ce qui concerne l'exécution du marché.

Dans cette hypothèse, la personne publique pourra rechercher, au titre de la solidarité, la responsabilité du mandataire d'un groupement conjoint à raison d'un manquement à ses obligations contractuelles par une des entreprises du groupement. En revanche, elle ne peut rechercher la responsabilité solidaire du mandataire sur le fondement d'une faute commise par un des entrepreneurs et détachable de ses obligations contractuelles.

Cette formule permet de bénéficier des avantages des deux formes de groupement : accès des PME à la commande publique et garantie solidaire au profit de l'acheteur public.

Il convient de ne pas opérer de confusion entre le mandataire d'un groupement momentané d'entreprises visé par cet article et le cas du coordonnateur de travaux entre plusieurs entreprises, qui n'entre pas dans ces dispositions.

51.4. Respect des règles de concurrence

Il convient de rappeler que le groupement d'entreprises ne doit pas porter atteinte aux règles de transparence et de libre concurrence. Il ne doit notamment pas aboutir à une entente illicite prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce. Deux dispositions nouvelles sont à souligner.

51.4.1. Interdiction de modifier la composition du groupement entre la remise des candidatures et la remise des offres

La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres, afin d'éviter des stratégies d'entente entre les entreprises au cours de la procédure de sélection des candidatures et avant la remise des offres. Cette interdiction ne s'applique qu'aux procédures séparant clairement dans le temps les phases d'examen des candidatures et des offres c'est-à-dire, principalement, l'appel d'offres restreint, la procédure de mise en concurrence simplifiée et le marché négocié précédé d'une publicité.

51.4.2. Interdiction de présenter des offres à plusieurs titres

Le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché, ou un de ses lots, plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements.

L'objectif est d'éviter à l'acheteur public de se trouver face à de multiples candidatures de la même entreprise sous plusieurs formes, aboutissant en fait à restreindre la concurrence.

Il ne s'agit pas, comme pour le point 51.4.1, d'une interdiction générale mais d'une possibilité laissée à l'appréciation de la personne publique de refuser au cas par cas les candidatures multiples ; elle trouvera essentiellement à s'appliquer dans les secteurs où des dysfonctionnements concurrentiels sont constatés de façon habituelle. En revanche, elle ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la participation d'une même entreprise à plusieurs groupements est objectivement incontournable, par exemple parce que cette entreprise sera seule capable de réaliser une partie des prestations demandées.

Cette disposition n'interdit pas, dans le cas des opérations comportant plusieurs lots, à une même entreprise de présenter une offre pour plusieurs lots, éventuellement dans des groupements différents selon les lots ou encore de façon individuelle pour certains lots et en groupements pour d'autres.

51.5. Cas particulier de la modification de forme du groupement exigée par la personne publique après attribution du marché

Si la forme du groupement ne peut, en aucun cas, être modifiée entre la remise des candidatures et celle des offres, la personne publique peut imposer au groupement, après attribution du marché, une nouvelle forme, à condition que cette obligation ait été mentionnée dans le règlement de la consultation.

Il pourra s'agir d'une modification de groupement conjoint en groupement solidaire dans le but, par exemple, de sécuriser la personne publique sur la bonne fin du marché. Egalement, il pourra s'agir de la transformation d'un groupement momentané en un groupement permanent, doté de la personnalité juridique, pour des marchés se déroulant sur une longue période (par exemple : création d'un groupement d'intérêt économique - GIE).

Une modification de groupement conjoint en groupement solidaire à la demande de l'acheteur public ne sera en tout état de cause possible que si les entreprises du groupement ont la possibilité d'exécuter l'intégralité du marché.

Section 7 - Examen des candidatures et des offres

Sous-section 1 - Critères de sélection des candidatures

Article 52

Les candidatures qui ne sont pas recevables en application des articles 43, 44, et 47, qui ne sont pas accompagnées des pièces mentionnées aux articles 45 et 46 ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes ne sont pas admises.

Pour les appels d'offres et les concours restreints, si le nombre de candidatures admises est supérieur au nombre préalablement indiqué des candidats qui seront autorisés à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats.

La personne responsable du marché indique dans le règlement de la consultation ceux de ces critères qu'elle privilégiera compte tenu de l'objet du marché.

L'article 52 concerne la sélection des candidatures. Seules peuvent être examinées les candidatures qui ont été reçues à la date limite fixée pour leur réception. Le contrôle de la recevabilité des candidatures doit être réalisé avant tout examen et sélection éventuelle des candidatures. Il s'agit là de conditions destinées à assurer la transparence en matière de marchés publics.

Le texte ne prévoit pas de régularisation après la date limite de remise des candidatures.

52.1. La recevabilité des candidatures

Ne sont pas recevables les candidatures des soumissionnaires :

- qui ne sont pas en règle au niveau de leur situation fiscale et sociale conformément aux dispositions de l'article 43 ;
- en état de liquidation judiciaire, ou dont la faillite personnelle a été prononcée, ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger tel qu'indiqué à l'article 44 ;

- exclus des marchés publics en application de l'article 47 ;
- qui n'ont pas fourni les renseignements et documents prévus aux articles 45 et 46 (déclaration sur l'honneur).

Dans le cas particulier des groupements, l'acheteur public est tenu de vérifier la recevabilité de la candidature de chacune des entreprises qui constitue le groupement. L'irrecevabilité de la candidature de l'une des entreprises membres du groupement entraîne de fait celle du groupement entier.

52.2. Examen des candidatures

Les candidatures sont examinées en tenant compte des garanties et capacités techniques et financières qu'elles présentent ainsi que des références professionnelles des candidats.

Conformément à l'article 45, il peut être exigé à l'appui des candidatures des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité.

La déclaration du candidat ainsi que les documents et adresses qui peuvent y être annexés ou indiqués constituent un élément essentiel pour connaître notamment les effectifs de l'entreprise candidate, son chiffre d'affaires, ses bilans, ses comptes, sa solvabilité, ses attestations bancaires, ses moyens techniques, son savoir-faire, son efficacité, son expérience, sa fiabilité, la preuve de la bonne exécution de ses marchés précédents et ses méthodes de contrôle de la qualité.

L'acheteur public élimine les candidats qui n'ont pas qualité pour présenter une offre ou dont les capacités paraissent insuffisantes.

Si l'objet du marché le justifie, l'acheteur public peut être amené à exiger que les candidats apportent la preuve d'un certain niveau de compétence professionnelle. Ce niveau de compétence peut être défini en utilisant des identifications ou qualifications professionnelles délivrées par des organismes professionnels de qualification. Cependant, afin d'éviter toute discrimination, le règlement de la consultation doit prévoir la possibilité de présenter des « références équivalentes ».

Dans le cas particulier des activités soumises à agrément administratif préalable, il ressort de la jurisprudence administrative constante que le fait qu'une entreprise doive être titulaire d'un agrément administratif préalablement à l'exercice d'une activité, ne fait pas obstacle à ce qu'une entreprise qui ne se trouve pas titulaire de cet agrément à la date à laquelle est lancé un avis d'appel public à la concurrence, soit admise à présenter sa candidature, l'agrément administratif étant seulement une condition préalable à la signature du contrat.

Dans le cas de groupement, il est rappelé que l'analyse des capacités et justifications relatives à ce groupement s'effectue au travers des éléments propres à chaque entreprise du groupement. Une attention particulière doit être portée à l'appréciation des entreprises qui supporteront une obligation de solidarité avec les autres membres du groupement. On doit dans ce cas apprécier leur capacité à assurer réellement l'obligation de solidarité en cas de défaillance d'un co-traitant.

Cela concerne le mandataire lorsqu'il s'agit d'un groupement conjoint mais aussi toutes les entreprises du groupement lorsque celui-ci est solidaire.

52.3. Classement des candidatures

En cas de procédure restreinte, appel d'offres ou concours, lorsque, après contrôle de la recevabilité et examen des candidatures, le nombre de candidatures admises est supérieur au nombre de candidats admis à présenter une offre tel qu'il a été fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence, les candidatures sont classées.

Le classement des candidatures admises s'opère uniquement au vu de critères s'appuyant sur les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats. Ces critères auront été indiqués et hiérarchisés dans le règlement de la consultation ; ils peuvent faire l'objet d'une pondération qui, si elle n'est pas mentionnée à l'article 52, n'est nullement interdite ; elle doit toutefois être précisée conjointement avec l'annonce des critères. Les critères de sélection doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; il n'est, par exemple, souvent pas possible de retenir un critère de localisation géographique des entreprises.

Les candidatures les mieux classées, dans la limite du nombre de candidatures souhaité par la personne responsable du marché, sont admises à présenter une offre. L'attention des acheteurs publics est appelée sur le fait que cette liste ne doit pas comprendre de noms d'entreprises ou de fournisseurs n'ayant pas répondu à l'avis d'appel public à la concurrence.

Dès que la liste est arrêtée, la personne responsable du marché adresse simultanément aux candidats sélectionnés une lettre de consultation accompagnée, le cas échéant, d'un dossier de consultation conformément à l'article 57 et avise par écrit les autres candidats du rejet de leur candidature en application de l'article 76.

Sous-section 2 - Critères de choix des offres et classement des offres.

Article 53

I. - Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées.

II. - Pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les critères doivent avoir été définis et hiérarchisés dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence.

III. - Les offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.

Si le candidat retenu ne peut produire les certificats mentionnés à l'article 46 dans le délai fixé par la personne responsable du marché, son offre est rejetée. Dans ce cas, l'élimination du candidat est prononcée par la personne responsable du marché, y compris pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics. La personne responsable du marché présente la même demande au candidat suivant dans le classement des offres.

IV. - Une offre ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle a été établie avec des spécifications techniques différentes des normes applicables en France, si ces spécifications ont été définies par référence :

1°) A des normes nationales en vigueur dans un autre Etat membre de la Communauté européenne transposant les normes européennes ou à des labels écologiques nationaux ou internationaux ou leurs équivalents ;

2°) A des agréments techniques européens ;

3°) Aux spécifications techniques nationales en vigueur dans un autre Etat membre de la Communauté européenne en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de

mise en œuvre des produits.

V. - La personne publique doit examiner les offres de base puis les variantes, avant de choisir une offre.

L'article 53, tout comme l'article 52, pose des règles transversales c'est à dire qu'il s'applique à l'ensemble des procédures décrites dans le code.

53.1. Les offres non conformes

Conformément aux dispositions de l'article f^r du présent code, les offres doivent répondre aux besoins définis par la personne publique, dont le cahier des charges est la traduction formalisée. Le code impose aux personnes publiques d'écarter les offres non conformes à l'objet du marché. En effet, l'offre doit être l'exacte réponse aux besoins tels qu'ils sont exprimés dans le cahier des charges ou le règlement de la consultation.

La notion de non-conformité d'une offre suppose un examen au cas par cas, et induit une absence de possibilité de régularisation a posteriori, notamment pour l'oubli d'une pièce obligatoire en vertu du principe de l'égalité des candidats.

Ainsi, la conformité d'une offre devra être appréciée au regard des clauses figurant dans les cahiers des charges.

Il convient de ne pas confondre l'offre non conforme et l'offre anormalement basse définie à l'article 55 ci-après.

53.2. Critères de choix des offres

Les critères de choix permettent de comparer les offres qui répondent le mieux aux critères définis et hiérarchisés par la personne publique afin de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse définie à l'article 1^{er} du code, tout en respectant l'égalité de traitement des candidats.

La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est une obligation pour la personne publique. Le code n'impose nullement que le prix tienne une place prépondérante par rapport aux autres critères. Il appartient à la personne publique, en fonction de l'objet du marché, de déterminer quel est l'ensemble de critères le mieux adapté à cette recherche.

La pondération des critères n'est pas interdite par le code.

Les critères de choix ne doivent porter que sur les offres et non sur les capacités des entreprises, ce contrôle ayant déjà été effectué au stade préalable de l'examen des candidatures.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires, c'est à dire qu'ils doivent être limités à l'objet du contrat pour éviter des contraintes inutiles.

Ils doivent être transparents et définis en amont de la procédure et il est impossible d'en supprimer ou d'en ajouter par la suite. Cela signifie qu'ils doivent faire l'objet d'un classement par ordre décroissant d'importance et figurer dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Un règlement de la consultation qui prévoit que les offres sont examinées au regard de l'ensemble des critères retenus sans ordre de priorité est irrégulier et son irrégularité entraîne celle de la procédure dans son ensemble. Il en découle :

- que la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres doivent respecter le classement ainsi indiqué pour procéder au choix de l'offre et apprécier l'offre en fonction de l'ensemble des critères qui donnent ainsi au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse son véritable sens ;

- que la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres ne peuvent appliquer des critères non annoncés dans le règlement. Une telle modification des conditions de la consultation porterait atteinte à l'égalité des concurrents.

Une fois son choix effectué, l'autorité compétente ne peut procéder à un nouvel examen des offres et désigner une entreprise autre que celle qu'elle avait initialement retenue.

Il appartient à la personne responsable du marché de définir le plus précisément possible son besoin et de prévoir parallèlement un nombre de critères suffisants afin de pouvoir départager les offres.

Il est précisé que d'autres critères que ceux énumérés à l'article 53, cités à titre indicatif, peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution et spécifiés dans les documents du marché. En aucun cas, les critères ne doivent avoir été calibrés pour favoriser telle ou telle entreprise.

53.3. Classement des offres

Les offres doivent être classées par ordre décroissant en fonction des critères. Lorsque le nombre d'offres reçues est trop important, il est possible de ne classer que les dix ou douze premières offres et de considérer l'ensemble des offres restantes comme équivalentes.

L'offre la mieux classée est retenue provisoirement. Le choix sera définitif lorsque le prestataire choisi aura justifié de sa régularité sociale et fiscale.

53.4. Vérification de la régularité fiscale et sociale du candidat retenu

Dès qu'elle a opéré son choix de la meilleure offre, la personne responsable du marché doit solliciter auprès du candidat retenu les certificats mentionnés à l'article 46 en lui fixant un délai pour leur production. Dans l'hypothèse où l'entreprise ne pourrait fournir ces documents dans le délai fixé, son offre serait exclue sans possibilité de régularisation et la personne responsable du marché présenterait la même demande de production de ces pièces au second de la liste (et ainsi de suite si tel était le cas en suivant l'ordre de la liste de classement des offres).

Pour les collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché mais, si elle a décidé de classer les offres retenues en vue de parer à une éventuelle difficulté résultant de l'absence de production des attestations fiscales et sociales dans les délais fixés par la personne responsable du marché, on peut considérer qu'il n'est pas nécessaire de la réunir à nouveau dans l'hypothèse où le premier candidat ne satisferait pas à l'obligation de production des attestations. Dans ce cas, la personne responsable du marché est tenue de se conformer au classement opéré par la commission et de s'adresser au suivant sur la liste pour lui réclamer ces certificats. La commission d'appel d'offres devra en outre, être informée de l'absence de production des attestations et de l'envoi de la demande de présentation des attestations au suivant du classement.

Le délai de production des certificats n'est pas indiqué par le texte mais il appartient à la personne responsable du marché d'arrêter un délai raisonnable qui permette à l'entreprise d'effectuer les démarches nécessaires. Toutefois, le délai ne peut pas être trop long, car dans l'hypothèse où le premier candidat ne satisferait pas cette condition et dans un souci d'égalité, le délai devra être le même pour le deuxième candidat sollicité. A titre d'exemple, ce délai pourrait être de quelques jours -une semaine illustrerait assez bien un délai raisonnable - mais dépend beaucoup des exigences de la personne publique en matière d'exécution du marché.

Afin de permettre aux candidats de disposer d'une information complète et identique sur les conditions dans lesquelles les attestations seront réclamées au candidat dont l'offre est retenue, il est recommandé à l'acheteur public d'indiquer dans l'avis de publication ou dans le règlement de la consultation le délai qui sera laissé pour la production de ces pièces.

L'attention des entreprises est appelée sur l'intérêt de faire la démarche en amont et annuellement tel qu'indiqué dans le commentaire de l'article 46.

53.5. Examen des offres par référence aux normes

Le recours aux normes fixées par le décret n°84-74 du 26 janvier 1984 modifié fixant le statut de la normalisation modifié (voir article 6), et aux prescriptions techniques ne doit pas aboutir à une discrimination ou constituer une restriction déguisée à l'accès à la commande publique.

L'exigence du respect des normes ou de labels écologiques nationaux ou internationaux ou de leurs équivalents ne constitue pas un critère de choix des offres. La référence aux normes ou aux labels écologiques est en effet inscrite dans le cahier des charges et fait partie intégrante de la définition des prestations envisagées.

53.6. Examen des offres et des variantes

Lorsque des variantes ont été proposées, la comparaison des offres et des variantes doit s'opérer séparément. Dans un premier temps, la personne responsable du marché examine les offres conformes entre elles et les classe. Elle procède de même pour les offres variantes. Dans un deuxième temps, la personne responsable du marché compare l'offre de base la mieux classée avec la variante la plus intéressante.

Les variantes ne peuvent en aucun cas être un critère de choix.

La prise en compte des considérations sociales ou environnementales ne peut constituer en soi un critère de choix, la personne responsable du marché peut seulement arrêter des conditions d'exécution du marché relatives à leur prise en compte en application de l'article 14.

Article 54

I. - Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes.

II. - Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, les personnes publiques contractantes doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres soumissionnaires, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans.

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

Les régimes préférentiels ne se conçoivent que dans le cadre de procédures formalisées de mise en concurrence ; en effet, leur objet est de fixer une règle pour départager des offres équivalentes dans une procédure de mise en concurrence formalisée.

En conséquence, le droit de préférence ne peut trouver à s'appliquer pour la passation d'un marché sans formalités préalables, ou d'un marché négocié sans mise en concurrence.

54.1. Un droit de préférence général

Le droit de préférence général est défini au § I et concerne les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP), les groupements de producteurs agricoles (GPA), les artisans, les coopératives d'artisans et les sociétés coopératives d'artistes (SC d'artistes).

Il joue « à égalité de prix ou équivalence d'offre », c'est-à-dire qu'il ne peut s'appliquer que si deux ou plusieurs offres ne peuvent être distinguées au regard des critères de choix des offres indiqués aux candidats, et fixés selon les principes posés par l'article 53.

Le droit de préférence ne peut donc en aucun cas servir à « rattraper » une offre légèrement moins bien classée.

La référence à l'égalité de prix vise l'hypothèse où, comme dans l'ancienne procédure d'adjudication, le prix serait le seul critère de choix retenu. L'égalité de prix au sens du présent article est donc une forme particulière de l'équivalence des offres, dans le cas où le choix des offres ne s'opérerait qu'en application du seul critère du prix.

Si deux offres sont équivalentes au sens précédemment défini, le bénéficiaire d'un droit de préférence aura la préférence sur son ou ses concurrents dont les offres étaient équivalentes.

54.2. Deux régimes réservataires

Ces deux régimes correspondent à des cas de droits de préférence, qui ne sont pas reconnus de façon générale à certains bénéficiaires, mais qui doivent être prévus dans les documents de la procédure au vu de la nature des prestations. Ces régimes ne valent que pour une partie du marché, jamais pour la totalité, leur mise en œuvre impose donc que le marché soit alloté.

54.2.1. Le quart réservataire prévu au § II

Le quart du montant des prestations définies par l'administration préalablement au lancement de la procédure peut relever d'un régime de préférence à équivalence d'offres, selon les règles indiquées précédemment.

Ce quart réservataire concerne les prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans, des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans.

54.2.2. La moitié réservataire prévue au § III

Elle concerne les travaux à caractère artistique et les bénéficiaires en sont les artisans d'art et les sociétés coopératives d'artistes.

La moitié du montant des travaux définis par l'administration préalablement au lancement de la procédure peut relever d'un régime de préférence à équivalence d'offres, selon les règles indiquées précédemment.

54.3. Les bénéficiaires

Les bénéficiaires varient donc selon le régime en cause : droit de préférence général, quart ou moitié réservataires.

54.3.1 Statut des bénéficiaires.

- Les SCOP sont régies par la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production.

- Les GPA sont régis par le code rural et par la loi n° 62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole, en particulier dans son article 14.

- Les artisans, artisans d'art, SC d'artisans et SC d'artistes : les artisans sont régis par l'article 21 de la loi n°96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat,

précisé par les articles 1 et 2 du décret n°98-247 du 2 avril 1998 relatif à la qualification artisanale et au répertoire des métiers. Les sociétés coopératives d'artisans sont régies par la loi n°83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale.

Le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier prévoit que « lorsque les marchés visés par le code des marchés publics font l'objet d'un allotissement et portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des sociétés coopératives et des associations visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou l'esprit d'entreprise indépendante et collective, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement, un quart des lots fait l'objet d'une mise en concurrence de ces structures coopératives et associatives ».

54.3.2. Les organismes européens à statut équivalent

Ils bénéficient des mêmes préférences.

La loi n° 85-703 du 12 juillet 1985, relative à certaines activités d'économie sociale, pose pour principe, respectivement dans ses articles 3 et 5, que :

« les préférences accordées par le code des marchés publics aux sociétés coopératives ouvrières de production justifiant leur inscription sur la liste prévue à l'article 54 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production sont également applicables aux sociétés coopératives ressortissant des Etats membres de la Communauté européenne présentant des caractéristiques comparables et inscrites sur une liste établie par le ministre chargé du travail » ;

« les préférences accordées par le code des marchés publics aux artisans satisfaisant aux dispositions du code de l'artisanat et, en ce qui concerne les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, aux artisans acquittant la taxe pour frais de chambre de métiers, ainsi qu'aux sociétés coopératives d'artisans et aux sociétés coopératives d'artistes inscrites sur une liste établie par le ministre chargé de l'artisanat, sont applicables aux ressortissants jouissant d'un statut professionnel comparable établis dans les Etats membres de la Communauté européenne et aux sociétés coopératives ressortissant de ces Etats membres présentant des caractéristiques comparables et inscrites sur une liste établie par le ministre chargé de l'artisanat. »

Par ailleurs, l'article L. 551-2 du code rural (partie législative du nouveau code) prévoit que :

« les organisations de producteurs reconnus bénéficient également, à soumission égale, d'un droit de préférence dans les marchés par adjudication ou appel d'offres de l'Etat, des collectivités locales ou de leurs établissements publics. Les dispositions relatives aux marchés publics sont également applicables aux organisations de producteurs agricoles ressortissant des Etats membres de la Communauté économique européenne présentant des caractéristiques comparables et inscrits sur une liste établie par le ministre de l'agriculture. »

En application de ces textes, les organismes européens qui ont un statut équivalent bénéficient des mêmes avantages.

Section 7 – Examen des candidatures et des offres

Sous-section 3 - Offres anormalement basses

Article 55

Si une offre paraît anormalement basse à la personne responsable du marché pour l'Etat, ou à la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, elle peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les

justifications fournies.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

a) les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;

b) le caractère exceptionnellement favorable des conditions d'exécution dont bénéficie le candidat ;

c) l'originalité du projet.

55.1. Définition

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique, notamment si elle s'avère erronée.

55.2. Interdiction de rejet automatique d'une offre paraissant anormalement basse

Une offre qui paraît anormalement basse au regard de celles des autres candidats ne doit pas être systématiquement rejetée.

En effet, une offre peut être basse pour plusieurs raisons. En premier lieu, il peut s'agir d'une simple erreur dans le cas où le coût de la prestation aurait été mal évalué. En second lieu, le candidat a pu prendre en compte une prise en charge extérieure à l'entreprise telle une subvention publique. En troisième lieu, on peut citer les cas d'une entreprise qui se trouve plus compétitive car plus innovante, ou encore décidée à consentir des efforts sur sa marge bénéficiaire afin de s'introduire dans un nouveau champ d'activité ou un nouvel espace géographique.

En revanche, lorsqu'une entreprise est en position dominante, elle ne peut proposer des prix prédateurs qui conduiraient à évincer ses concurrents. A l'inverse, il peut arriver qu'une offre paraisse particulièrement basse par rapport à celle des autres concurrents parce qu'elle émane d'un candidat réellement concurrentiel alors que les autres candidats ont noué une entente qui les a conduit à déposer une offre anormalement basse. (cf. : Avis du Conseil de la concurrence n° 99.A.12 du 15 juin 1999.

Le Conseil de la concurrence, dans ses avis 96-A-08 du 2 juillet 1996 et 97-A-11 du 5 mars 1997, a considéré qu'une offre ne saurait être qualifiée d'anormalement basse par seule référence aux autres offres, car une telle référence n'aurait aucun lien avec la compétitivité réelle de l'entreprise qui dépend notamment de la structure de ses coûts, de sa productivité, de sa compétence technique et de sa santé financière.

55.3. Obligation de demande écrite de précision sur la composition de l'offre paraissant anormalement basse

La personne responsable du marché ne peut rejeter des offres dont le prix semble anormalement bas sans avoir demandé, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre et sans avoir vérifié cette composition en tenant compte des justifications fournies.

Le rejet de l'offre au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être motivé.

Section 8 - Dématérialisation des procédures

Article 56

Les échanges d'informations intervenant en application du présent code peuvent faire l'objet d'une

transmission par voie électronique.

1° Le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires peuvent être mis à disposition des entreprises par voie électronique dans des conditions fixées par décret. Néanmoins, au cas où ces dernières le demandent, ces documents leur sont transmis par voie postale.

2° Sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions définies par décret. Aucun avis ne pourra comporter d'interdiction à compter du 1^{er} janvier 2005.

3° Un décret précisera les conditions dans lesquelles des enchères électroniques pourront être organisées pour l'achat de fournitures courantes.

4° Les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique.

L'application de cet article relatif à la dématérialisation des procédures de marchés formalisés nécessite l'établissement d'un décret d'application qui, en tout état de cause, devra être pris au plus tard avant le 1^{er} janvier 2005.

En matière d'enchères électroniques, des expériences ont eu lieu et une instruction particulière portera prochainement sur ce point.

Chapitre IV – Déroulement des différentes procédures

Section 1 - Mise en concurrence simplifiée

Article 57

I - Il est procédé à l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions prévues à l'article 40.

Le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à vingt jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence.

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité.

La personne responsable du marché dresse, en application du premier alinéa de l'article 52, la liste des candidats admis à présenter une offre. Lorsqu'elle a fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence un nombre maximum de candidats autorisés à présenter une offre et que le nombre des candidatures admises dépasse ce nombre maximum, ces candidatures sont départagées par tirage au sort.

La personne responsable du marché avise les candidats non retenus du rejet de leur candidature.

La personne responsable du marché adresse simultanément aux candidats sélectionnés une lettre de consultation accompagnée le cas échéant d'un dossier de consultation.

La lettre de consultation comporte :

a) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;

b) la référence à l'avis d'appel public à la concurrence ;

c) s'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement du cautionnement qui peut être demandé pour obtenir ces documents.

Le nombre des candidats autorisés à remettre une offre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité.

Après examen des offres, la personne responsable du marché peut engager des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes. Au terme de ces négociations, la personne responsable du marché retient une offre à titre provisoire.

II - Pour les marchés de l'Etat ainsi que pour ceux des établissements publics de santé et des établissements publics médico-sociaux, la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres, attribue le marché ou reprend les négociations.

III - Pour les marchés des collectivités territoriales, la commission d'appel d'offres attribue le marché.

La commission d'appel d'offres peut aussi mettre fin à la procédure ou inviter la personne responsable du marché à reprendre les négociations, si elle désapprouve le choix proposé.

IV - La personne responsable du marché peut, à tout moment, ne pas donner suite à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

57.1. Définition

La procédure de mise en concurrence simplifiée est une procédure nouvelle. Elle vise à combiner la souplesse de la procédure négociée et la transparence de l'appel d'offres. Elle représente une faculté offerte à l'acheteur public pour couvrir le champ des marchés dont le montant est compris entre 90 000 €H.T. et les seuils de 130 000 €HT pour l'Etat et 200 000 €HT pour les collectivités territoriales.

Avant d'opter pour cette formule, la personne responsable du marché doit vérifier conformément à l'article 27, que les seuils de l'appel d'offres ne sont pas dépassés.

Cette procédure n'est pas appliquée obligatoirement puisque l'acheteur peut toujours opter pour la mise en concurrence maximale c'est-à-dire l'appel d'offres. Dans le même ordre d'idée, la mise en concurrence simplifiée peut être mise en œuvre à la place d'un marché sans formalités préalables.

Elle est définie par l'article 32 et se décompose en deux parties :

- la première phase concerne la sélection des candidats admis à présenter une offre après une publicité formalisée conformément aux règles qui régissent l'appel d'offres restreint ;
- la deuxième phase permet à la personne responsable du marché de négocier avec les candidats sélectionnés avec la même souplesse que le marché négocié.

La commission d'appel d'offres intervient dans cette procédure pour attribuer le marché, dans le cas des collectivités territoriales ou pour conseiller la personne responsable du marché dans le cas de l'Etat.

57.2. Sélection des candidatures

57.2.1.Publicité

La procédure commence par une publicité formalisée par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence publié dans les conditions de l'article 40, c'est à dire au BOAMP ou dans une publication habilitée à recevoir les annonces légales. L'avis doit indiquer si le nombre de candidats admis à présenter une offre est limité et à quelle hauteur.

57.2.2.Délais de réception des candidatures

Le délai de réception des candidatures est fixé à vingt jours ; il est donc plus court que ceux fixés pour les autres procédures, y compris les procédures négociées mais il n'accepte aucune réduction pour cause d'urgence. L'attention de l'acheteur public est appelée sur le fait que le code fixe un délai minimum qu'il est possible d'allonger pour obtenir les meilleures conditions de concurrence.

En ce qui concerne les règles relatives au décompte de ces délais, il convient de se reporter au commentaire de l'article 58 qui en indique les modalités pratiques.

57.2.3. Sélection des candidatures

Les candidatures sont examinées par la personne responsable du marché dans le respect des règles fixées à l'article 52 : les candidatures irrecevables en application des articles 43 à 47 sont éliminées et la personne responsable du marché vérifie les garanties et capacités techniques et financières présentées ainsi que les références professionnelles des candidats.

Au terme de cet examen, la personne responsable du marché dresse la liste des candidats admis à présenter une offre. Elle ne peut intégrer dans cette liste des candidats qui n'ont pas répondu à l'avis d'appel public à la concurrence et qu'elle serait allée solliciter.

Lorsqu'elle a fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre et que le nombre de candidatures admises dépasse ce nombre maximum, la personne responsable du marché procède à un tirage au sort, et non à un classement comme dans le cas de l'appel d'offres. Le tirage au sort des candidatures est une spécificité de la procédure de mise en concurrence simplifiée qui doit s'effectuer selon des modalités définies par la personne responsable du marché et qui garantissent la régularité de l'opération.

La personne responsable du marché informe ensuite les soumissionnaires de leur admission ou non à présenter une offre et dans le cas des candidats admis, elle leur adresse, en même temps pour respecter le principe d'égalité, la lettre de consultation accompagnée éventuellement du dossier de consultation. Il n'est pas prévu de délai impératif pour cet envoi ; il est toutefois recommandé de ne pas trop attendre pour lancer la lettre de consultation qui indique la date limite de réception des offres. La personne responsable du marché fixe librement cette date que les candidats doivent impérativement respecter.

57.3. Négociation avec les candidats admis à présenter une offre

57.3.1. Réception des offres

Le code ne fixe pas de nombre maximum de candidats autorisés à remettre une offre. Toutefois, ce nombre ne peut être inférieur à trois, sauf évidemment si le nombre des candidats n'est pas suffisant. Si ce nombre est inférieur à trois, la personne responsable du marché peut poursuivre la procédure avec le ou les deux candidats autorisés à remettre une offre mais n'est pas autorisée à consulter d'autres entreprises.

Dans certains cas, le faible nombre de candidats peut être dû à d'éventuels défauts dont on peut rechercher la cause : définition insuffisante des besoins à satisfaire dans l'avis d'appel public à la concurrence, niveau insuffisant de publicité. Il peut être alors conseillé de mettre fin à la procédure et de faire un nouvel appel

public à la concurrence plus précis et complet et/ou une publicité au niveau communautaire dans le cadre d'un appel d'offres.

Les offres sont adressées à la personne responsable du marché dans le délai, en tenant compte de la complexité de la prestation demandée, qu'elle a fixé dans la lettre de consultation. Aucune offre ne pourra être acceptée après la date limite ainsi fixée.

Les offres sont présentées dans les formes indiquées à l'article 48. La personne responsable du marché procède à l'ouverture des plis, examine les offres reçues, élimine les offres non conformes au cahier des charges.

57.3.2. Négociation avec les candidats

Après examen des offres, la personne responsable du marché décide d'engager des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes. Elle n'est pas tenue de négocier avec tous les candidats qui ont adressé une offre.

La négociation se déroule dans les mêmes conditions que dans l'hypothèse d'un marché négocié (cf. article 67).

57.4. Intervention de la commission d'appel d'offres

57.4.1. Attribution du marché

En ce qui concerne les marchés des collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché. L'attribution se fait sur proposition de la personne responsable du marché. Si le choix proposé n'est pas entériné par la commission, celle-ci met fin à la procédure ou demande à la personne responsable du marché de continuer les négociations.

Les séances de la commission d'appel d'offres ne sont pas publiques.

En ce qui concerne les marchés de l'Etat et des établissements de santé et médico-sociaux, la commission d'appel d'offres intervient pour avis et le marché est attribué par la personne responsable du marché.

Dans les deux cas, avant l'attribution définitive, il convient, ainsi qu'il est précisé à l'article 53, de vérifier la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat retenu.

57.4.2. Fin de la procédure

La personne responsable du marché informe les candidats dont les offres n'ont pas été retenues en application de l'article 76 et publie un avis d'attribution conformément à l'article 80.

Il n'est pas possible de déclarer une mise en concurrence simplifiée infructueuse.

Section 2 - Appel d'offres

Sous-section 1 - Appel d'offres ouvert

Article 58

I – Il est procédé à un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions prévues à l'article 40.

II - Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante deux jours à compter de la date d'envoi de l'appel public à la concurrence. Ce délai ne peut être réduit même pour des motifs d'urgence.

Ce délai peut toutefois être ramené à :

- vingt six jours lorsqu'un avis de pré-information a été publié. L'avis de pré-information doit toutefois avoir été envoyé à la publication cinquante deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'appel public à la concurrence ;

- trente six jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 € HT. Ce délai peut être ramené à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché, ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, les délais sont prolongés en conséquence.

Les cahiers des charges et les documents complémentaires sont envoyés dans les six jours qui suivent la réception de la demande pour les marchés de travaux ou de services, et dans les quatre jours qui suivent cette même réception pour les marchés de fournitures.

Lorsque, en raison de leur importance, les cahiers des charges et les documents complémentaires ne peuvent être fournis dans les délais prévus ci-dessus, ceux-ci sont prolongés en conséquence et mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne responsable du marché six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

III - Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. Ils doivent comporter une enveloppe contenant les renseignements relatifs à la candidature et une enveloppe contenant l'offre.

La procédure d'appel d'offres ouvert commence par l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence qui doit comporter les éléments essentiels caractérisant la mise en concurrence et notamment les modalités d'obtention du règlement de la consultation et la date limite de remise des offres par les entreprises. L'avis d'appel public à la concurrence est explicité à l'article 40 du présent code.

58.1. Délai de réception des offres

L'article 58 harmonise les règles applicables aux appels d'offres nationaux et aux appels d'offres communautaires.

58.1.1. Règle générale

Les délais de réception des offres fixés par le code doivent être strictement respectés sous peine d'irrégularité de la procédure. Les délais de réception des offres sont des délais minimaux ; il appartient à la personne responsable du marché de fixer des délais suffisants tenant compte notamment de l'importance des études à réaliser par les candidats.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Le code interdit la réduction du délai de réception des offres pour des motifs d'urgence.

Les délais imposés par le code se calculent de la manière suivante :

- départ du délai : le lendemain de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence par l'acheteur au support qui est chargé d'assurer la publicité, le jour de l'envoi à publicité étant exclu de décompte ;
- fin du délai : dernier jour à minuit. Si ce dernier jour est un dimanche ou un jour férié, report au lendemain.

Par exemple, si le délai à respecter est de 52 jours et si la date d'envoi à la publication par l'acheteur de l'avis d'appel public à la concurrence est le 1^{er} juin, le délai minimum expirera le 23 juillet à minuit. Si le 23 juillet est un dimanche, la fin du délai sera reportée au 24 juillet à minuit.

En l'absence de preuve quant à la date d'envoi de l'avis à la publication, le juge retient comme point de départ du délai de réception des offres la date de la publication effective de l'avis d'appel public à la concurrence.

En cas de publication d'un avis rectificatif qui apporte des modifications sensibles à l'appel d'offres initial, touchant notamment à l'objet et à la composition des lots, le délai de réception des offres doit être décompté à partir de la date d'envoi de l'avis rectificatif et non pas à compter de celle de l'avis initial.

58.1.2. Aménagements au principe du délai de 52 jours

Le délai minimum connaît deux exceptions possibles dans les cas suivants :

- Lorsqu'un avis de préinformation a été publié, le délai peut être ramené de 52 à 26 jours. Il s'agit de la transposition des dispositions prévues par la directive n° 97-52 du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE services, 93/36/CEE fournitures et 93/37/CEE travaux. Il est impératif que l'avis de préinformation ait été envoyé à la publication dans les délais indiqués.
- Pour les marchés de travaux inférieurs au seuil de publicité communautaire de 5 000 000 €HT, le délai de réception des offres est au minimum de 36 jours et peut être réduit à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique. Il s'agit ici de prendre en compte l'urgence simple.

La réduction des délais pour cause d'urgence ne se conçoit, comme le rappellent les directives européennes, que si ces délais sont rendus impraticables. Cela signifie que les acheteurs publics doivent être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence ainsi que l'impossibilité réelle de respecter les délais normalement prévus pour ce type de procédure pour des raisons sérieuses ne résultant pas de leur fait. L'urgence est appréciée par la personne responsable du marché et doit être mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

58.1.3. Prorogation des délais de réception des offres

Les alinéas 3 à 6 de l'article 58-II sont la reprise des dispositions auparavant applicables aux seuls appels d'offres communautaires, et qui sont désormais étendues à l'ensemble des appels d'offres.

Ces dispositions prévoient la prorogation des délais dans les cas suivants :

- quand les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché, ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, il appartient à la personne responsable du marché de fixer un délai raisonnable qui tienne compte de ces contraintes particulières.
- lorsqu'en raison de leur importance, les cahiers des charges et les documents complémentaires ne peuvent être fournis dans les délais prévus (6 jours pour les travaux et services, 4 jours pour les fournitures) ; s'agissant d'une situation - l'importance des cahiers des charges et des documents complémentaires - connue à l'avance par la personne responsable du marché, les délais, qui seront supérieurs aux délais types de 6 ou 4 jours, doivent être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

La prolongation des délais devra être suffisante pour permettre aux entreprises de concourir dans des conditions équitables, notamment si la procédure se déroule à l'échelle communautaire.

58.2. Modalités d'envoi des dossiers des candidats.

58.2.1. Les formalités d'envoi

Le code indique que « les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité ». Le choix du mode de transmission relève des seuls candidats.

Sont donc admis notamment l'envoi par lettre recommandée avec avis de réception postal et la remise au service par tout moyen; le service est alors tenu de l'enregistrer et de délivrer un récépissé.

En revanche, le recours aux procédés du télex ou de la télécopie ne permet pas de respecter la règle de la double enveloppe commentée ci-après.

58.2.2. L'enregistrement des plis

La personne publique doit enregistrer les plis. Au fur et à mesure de leur réception, les plis contenant les candidatures ou les offres sont numérotés puis enregistrés avec leur numéro. Ils ne sont pas ouverts. L'administration a la possibilité, si elle le souhaite, d'utiliser le formulaire rédigé pour cette opération intitulé « registre des dépôts ». Les plis sont conservés en lieu sûr jusqu'au moment de leur remise à la commission.

Les plis qui arrivent hors délai sont également enregistrés et seront renvoyés aux candidats après la séance d'ouverture des plis sans avoir été ouverts.

58.2.3. Le contenu des dossiers

Deux enveloppes doivent être transmises par les candidats. Les documents contenus dans chacune des deux enveloppes correspondent à deux phases distinctes de la procédure : la première concerne l'examen des candidatures, la seconde, l'examen des offres.

La première enveloppe contient les renseignements relatifs à la candidature, c'est-à-dire les pièces relatives à la qualité, la capacité du candidat ; l'article 45 du code précise les documents qui peuvent être exigés à l'appui des candidatures.

La seconde enveloppe contient l'offre proprement dite, c'est-à-dire l'acte d'engagement complété, daté et signé du candidat (cf. la définition de l'acte d'engagement à l'article 11).

Le système de la double enveloppe se justifie d'une part, par le souci de préserver la confidentialité des offres et, d'autre part, par l'amélioration des conditions de la concurrence en permettant, avant même l'examen des offres, l'élimination des candidats ne présentant pas les capacités ou ne remplissant pas les conditions requises pour accéder au marché.

Le respect des règles de présentation des offres et notamment la répartition exacte des documents entre les deux enveloppes est impératif. Une offre est irrecevable si tous les documents sont regroupés dans une même enveloppe.

Article 59

I - La séance d'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

II - La commission d'appel d'offres ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et enregistre le contenu.

Au vu de ces renseignements, la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales élimine, par décision prise avant l'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre, les candidatures qui, en application du premier alinéa de l'article 52 ne peuvent être admises.

Les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

III - La commission d'appel d'offres procède ensuite à l'ouverture des enveloppes contenant les offres. Elle enregistre le contenu.

La personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales élimine les offres non conformes à l'objet du marché.

59.1. Conditions d'ouverture des plis

59.1.1. La commission d'ouverture des plis

La commission d'appel d'offres, composée conformément aux articles 8, 21 et 22, est chargée de l'ouverture des plis. La séance d'ouverture des plis ne peut pas être publique. La méconnaissance de cette règle constitue une cause de nullité de la procédure.

L'ouverture des plis par la commission d'appel d'offres doit être effectuée dans des conditions de nature à assurer le respect de l'égalité entre les candidats et la confidentialité de leurs offres.

La commission d'appel d'offres contrôle en premier lieu que les plis qui lui sont présentés correspondent aux plis enregistrés. La première décision consiste, dans la pratique, à rejeter les plis parvenus après la date et l'heure limites de réception des offres. Ils ne sont pas ouverts.

Les plis parvenus dans les délais sont ouverts et la commission peut procéder à l'ouverture des premières enveloppes contenant les candidatures et dont le contenu est enregistré.

59.1.2. Le respect des délais de réception des offres

Les offres présentées hors délai ne peuvent être retenues sous peine d'irrégularité de la procédure. Pour apprécier la recevabilité des offres, la commission d'appel d'offres se fonde sur la date et l'heure de réception des offres obligatoirement enregistrées.

Le respect de la date limite de réception des candidatures est appréciée au regard de la date de réception et non de la date d'envoi. En effet, l'article 16 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, précise en ce sens que les procédures régies par le code des marchés publics ne sont pas soumises à la règle selon laquelle toute personne tenue de respecter une date limite ou un délai pour présenter une demande, déposer une déclaration, exécuter un paiement ou produire un document auprès d'une autorité administrative peut satisfaire à cette obligation au plus tard à la date prescrite au moyen d'un envoi postal, le cachet de la poste faisant foi, ou d'un procédé télématique ou informatique homologué permettant de certifier la date d'envoi.

Les candidats doivent assumer les risques inhérents au délai d'acheminement postal, cela d'autant qu'ils disposent de la faculté de remettre directement leur offre au service. Ainsi, une grève postale ne constitue pas forcément un aléa justifiant la remise des plis hors délai. Si la personne publique estime que, par son

ampleur, un tel incident est susceptible de constituer un obstacle significatif à la remise des offres, il lui appartient de prolonger les délais initialement impartis aux candidats.

En revanche, un pli reçu dans les délais impartis à l'adresse centrale de l'administration mais qui serait parvenu trop tard dans le service concerné suite à une erreur d'orientation du courrier, ne saurait être écarté.

59.2. Examen des candidatures

Avant l'ouverture de la seconde enveloppe, la personne responsable du marché, pour l'Etat, et la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, prend la décision d'éliminer les candidatures qui, en application de l'article 52, ne peuvent être admises. Les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

Il est impossible d'ajouter sur la liste des offres admises des offres de candidats qui n'auraient pas soumissionné.

59.3. Examen des offres

L'autorité compétente peut procéder à l'examen des candidatures et au choix des offres au cours de la même séance. Mais il est indispensable qu'une décision soit prise sur l'ensemble des candidatures avant l'ouverture des secondes enveloppes et de l'examen des offres sous peine d'irrégularité de la procédure.

La commission d'appel d'offres procède alors à l'ouverture de la seconde enveloppe et en enregistre le contenu. Cette opération n'a lieu que pour les entreprises dont la candidature a été admise après l'ouverture de la première enveloppe.

Les capacités du candidat doivent avoir été appréciées dès l'examen des candidatures ; dès lors, l'inclusion d'un critère relevant des capacités de l'entreprise parmi les critères d'appréciation des offres est interdite.

La seconde enveloppe doit contenir tous les éléments ayant trait à l'offre.

L'article 59-III précise que la personne responsable du marché, après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, et la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, enregistre le contenu des offres puis élimine les offres non conformes à l'objet du marché.

Est non conforme une offre qui :

- n'est pas complète : toutes les pièces exigées dans les documents de consultation doivent être présentes et l'offre doit être chiffrée dans tous ses éléments ;
- méconnaît une disposition des documents de consultation, ces derniers devant avoir été rédigés en termes à la fois impératifs et précis ;
- s'écarte des exigences du cahier des charges.

Article 60

I - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. La personne responsable du marché pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

II - La personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales choisit l'offre économiquement la plus avantageuse conformément aux critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

La personne responsable du marché peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché.

Lorsque aucune offre ne lui paraît acceptable, la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales peut déclarer l'appel d'offres infructueux. Elle en avise tous les candidats. Elle peut alors procéder soit à un nouvel appel d'offres, soit, si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées, à un marché négocié conformément au I de l'article 35.

La personne responsable du marché peut à tout moment décider de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

60.1. Interdiction de négocier

L'article 60 rappelle, dans son §I, le principe de l'interdiction de négocier posé à l'article 33.

Si la négociation avec les candidats est clairement prohibée, tout contact entre la personne responsable du marché pour l'Etat ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et le candidat n'est pas interdit.

C'est pourquoi, les demandes de précisions de la personne responsable du marché ou de la commission d'appel d'offres doivent être formulées par écrit et se limiter à des demandes de précision afin de respecter le principe d'égalité entre les candidats. Cela signifie que lorsque plusieurs offres présentent des imprécisions, chacune des entreprises concernées doit être sollicitée.

L'audition des candidats n'est pas prévue par le code.

Les demandes de précisions et compléments ne permettent pas :

- une mise en conformité de l'offre ; la demande de précisions ou compléments ne peut porter que sur une offre recevable, c'est-à-dire conforme ;
- des modifications apportées à l'offre initiale car l'offre est irrévocable ;
- une négociation de l'offre, la négociation étant clairement interdite.

La demande de précisions ou de compléments ne peut conduire qu'à des rectifications minimales d'erreurs purement matérielles : erreurs d'opérations, discordances entre indication en lettres ou en chiffres...

60.2. Fin de la procédure

L'article 60-II décrit la fin de la procédure de l'appel d'offres ouvert.

60.2.1. Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

La personne responsable du marché pour l'Etat ou pour les établissements publics de santé et médico-sociaux ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, après avoir analysé et comparé les offres, choisit « l'offre économiquement la plus avantageuse ». La liberté du choix du titulaire du marché est un principe fondamental de la procédure d'appel d'offres.

Pour procéder à ce choix, la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres se fonde sur les critères qu'elle a préalablement indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Il convient de se reporter au commentaire de l'article 53-II qui détermine les modalités du choix de « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

60.2.2. Mise au point des composantes du marché

60.2.2.1. L'objet de la mise au point

La mise au point des composantes du marché diffère de la demande de précisions ou compléments dans la mesure où la mise au point des composantes du marché intervient après le choix de l'attributaire du marché.

Elle doit correspondre à un simple aménagement de l'offre, et non en une modification des documents de consultation, ni en une négociation. La mise au point ne doit pas porter sur des éléments essentiels du marché.

S'agissant des modalités techniques d'exécution, la mise au point peut permettre de préciser les marques et les références des matériels ou matériaux que l'entreprise se propose d'utiliser.

La mise au point peut également porter sur le changement éventuel de certains sous-traitants, effectué en accord avec l'entreprise retenue.

Les modifications doivent rester dans certaines limites. Sans qu'il soit possible de fixer ces limites de façon précise, la mise au point ne saurait être d'une ampleur telle qu'elle modifierait le classement des concurrents issu de l'appel d'offres si elle était appliquée aux offres de ces derniers.

Les mises au point abusives sont sanctionnées par le juge administratif.

60.2.2.2. Le régime de la mise au point

La mise au point est effectuée par la personne responsable du marché, c'est-à-dire conformément à l'article 20 du code, la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique.

Le délai de mise au point doit être raisonnable. Un délai trop long pourrait laisser suspecter une transformation de la mise au point en négociation ou remettre en cause les conditions de l'appel public à la concurrence.

La mise au point peut s'inscrire, soit sur l'acte d'engagement lui-même après les signatures de chaque co-contractant, soit sur un document annexé à l'acte d'engagement. Dans les deux formules, la mise au point sera rédigée précisément et signée des deux parties.

En revanche, il est fortement déconseillé d'apporter ces modifications par voie de ratures ou de surcharges sur les documents contractuels du dossier de consultation des entreprises, et moins encore de substituer en totalité ou en partie de nouveaux documents à ceux qui ont servi de base à la consultation des entreprises.

60.2.3. La procédure infructueuse

La notion de procédure infructueuse ne peut concerner que la procédure d'appel d'offres.

L'infructuosité doit être déclarée par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat et les établissements publics de santé et médico-sociaux, et par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Il n'est pas possible de déclarer un appel d'offres infructueux au stade de l'examen des premières enveloppes relatives à la candidature ; une telle décision ne peut être prononcée qu'au vu des offres contenues dans la seconde enveloppe.

Un appel d'offres ne peut être déclaré infructueux que si les offres présentées sont inacceptables. Le juge administratif exerce un contrôle sur les motifs conduisant l'administration à déclarer la procédure infructueuse.

Le fait qu'une seule offre ait été reçue n'implique pas que la procédure soit déclarée infructueuse ; l'offre, si elle est acceptable et économiquement avantageuse, peut être retenue.

La décision d'infructuosité est notifiée à tous les candidats.

Le lancement d'une nouvelle procédure, de même que le choix de celle-ci, relève de la personne responsable du marché. Lorsque la procédure est déclarée infructueuse, il est possible de lancer un nouvel appel d'offres ou, si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées, de procéder à un marché négocié dans les conditions prévues au I de l'article 35.

La déclaration d'infructuosité de la procédure n'autorise pas l'autorité compétente à divulguer les offres des candidats.

60.2.4. Décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général

La personne responsable du marché peut ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général. Cette décision relève du pouvoir discrétionnaire de la personne publique.

Les motifs d'intérêt général susceptibles d'être invoqués peuvent être très divers. Il peut s'agir par exemple de la disparition du besoin de la personne publique ou d'une insuffisance de concurrence, qu'elle ait été ou non provoquée par une entente entre entreprises. Peu importe qu'une offre (ou plusieurs) soit acceptable ; c'est en cela qu'elle se distingue de la déclaration d'infructuosité qui exige que les offres n'aient pas été acceptables.

Il peut également s'agir d'éviter les risques tenant aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises ou de mettre fin à une procédure entachée d'une irrégularité.

Sous-section 2 - Appel d'offres restreint

Article 61

***I** - Il est procédé à un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions de l'article 40. Cet avis peut fixer un nombre minimum et un nombre maximum de candidats autorisés à présenter une offre. Dans ce cas, le nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.*

***II** - Le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis à la publication.*

Ce délai peut toutefois être ramené à vingt et un jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 € HT.

Ces deux délais peuvent être ramenés à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

***III** - Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité.*

Les articles 61 à 65 détaillent la procédure de l'appel d'offres restreint, qui se distingue de l'appel d'offres ouvert en ce qu'il donne la possibilité à la personne responsable du marché de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre.

L'appel d'offres est organisé en deux étapes et s'articule autour de deux phases bien distinctes : la sélection des candidats et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. En conséquence, deux catégories de délais ont été prévues : les délais de réception des candidatures et les délais de réception des offres.

Le choix entre l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint appartient à la personne publique.

L'article 61 décrit le début de la procédure : l'organisation de la publicité et les délais de réception des candidatures. Comme pour l'appel d'offres ouvert, la procédure débute par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions fixées à l'article 40.

Ensuite, les opérations de transmission et de réception des candidatures suivent les mêmes règles que celles précédemment décrites pour les offres à l'article 59. Il existe seulement deux différences présentées ci-après.

61.1. Nombre de candidats admis à présenter une offre

Les acheteurs publics peuvent décider de limiter le nombre de candidats autorisés à présenter une offre et, dans cette hypothèse, ils doivent indiquer ce nombre dans l'avis d'appel public à la concurrence. Toutefois, ce nombre ne peut être inférieur à cinq, sauf si les candidatures reçues sont insuffisantes. Dans ce cas, ils ont la possibilité de poursuivre la procédure ou d'y mettre fin en motivant leur décision et de relancer une nouvelle procédure.

Si le nombre de candidatures admises est supérieur au nombre préalablement indiqué des candidats autorisés à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités financières ainsi que les références professionnelles des candidats conformément aux dispositions de l'article 52. En procédure d'appel d'offres, le tirage au sort prévu dans le cas de la procédure de mise en concurrence simplifiée de l'article 57 n'est nullement autorisé.

61.2. Délais de réception des candidatures

Il convient de rappeler qu'il s'agit d'un délai minimal et que la personne publique peut toujours retenir des délais plus longs pour élargir la concurrence et permettre aux candidats de présenter des solutions bien étudiées.

Ce délai ne peut être inférieur à 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de publication, à l'exception des marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 € HT dont le délai peut être ramené à 21 jours.

Lorsque l'urgence rend impossible l'application de ces deux délais, ils peuvent être ramenés à 15 jours. La notion d'urgence en matière de délais de réception des candidatures ou des offres est appréciée de manière identique tel que rappelé au point 58.1.2.

Article 62

I - La séance d'ouverture des plis contenant les candidatures n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date limite qui a été annoncée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

II - La commission d'appel d'offres examine les candidatures. Au vu de cet examen, la personne responsable du marché sur proposition de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales dresse, en application des deux premiers alinéas de l'article 52, la liste des candidats autorisés à présenter une offre.

L'article 62 traite de l'examen des candidatures qui s'effectue, après ouverture des plis par la commission d'appel d'offres, dans le respect de l'article 52. La liste de candidats admis à présenter une offre est arrêtée par la personne responsable du marché, sur proposition de la commission d'appel d'offres, pour l'Etat ou les établissements publics de santé et médico-sociaux et par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Article 63

I - La personne responsable du marché adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats retenus une lettre de consultation pour les inviter à présenter une offre.

Cette lettre de consultation comporte :

a) La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;

b) La référence à l'avis d'appel public à la concurrence ;

c) S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement du cautionnement qui peut être demandé pour obtenir ces documents.

II - Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

Ce délai peut toutefois être ramené à :

- vingt six jours au cas où un avis de pré-information a été publié. L'avis de pré-information doit toutefois avoir été envoyé à la publication au moins cinquante deux jours et au plus douze mois avant la date d'envoi de l'appel public à la concurrence ;

- vingt et un jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 € HT.

Ces deux délais peuvent être ramenés à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché, ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, les délais sont prolongés en conséquence.

Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne responsable du marché six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

En cas de délais réduits du fait de l'urgence, ces renseignements sont communiqués quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

III - Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité.

L'article 63 décrit le début de la deuxième phase de l'appel d'offres restreint relative au choix de l'offre qui démarre par l'envoi de la lettre de consultation.

Le code ne fixe pas de délai entre la sélection des candidatures et l'envoi de la lettre de consultation. Toutefois, il est recommandé de ne pas laisser s'écouler un temps trop long entre les deux opérations.

Le délai de réception des offres est, au minimum, de 40 jours à compter de l'envoi des informations aux candidats. Ce délai peut être réduit, comme pour l'appel d'offres ouvert (cf. article 58), et selon les mêmes principes. Ainsi, il peut être ramené à 26 jours lorsqu'il y a eu publication d'un avis de préinformation, à 21 jours pour les marchés de travaux inférieurs au seuil de 5 000 000 €HT et à 15 jours en cas d'urgence simple.

Article 64

I - La séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date limite qui a été annoncée dans la lettre de consultation.

II - La commission d'appel d'offres procède ensuite à l'ouverture et à l'enregistrement des offres.

III - La personne responsable du marché sur proposition de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, élimine les offres non conformes à l'objet du marché.

La commission d'appel d'offres procède à l'ouverture des plis reçus dans les délais impartis, enregistre et examine les offres. Les offres qui ne sont pas conformes au cahier des charges sont éliminées en application de l'article 53.

L'article 64 appelle les mêmes commentaires que l'article 59 relatif à l'appel d'offres ouvert.

Article 65

I - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. La personne responsable du marché pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

II - La personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, choisit l'offre économiquement la plus avantageuse en application des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

La personne responsable du marché peut en accord avec l'entreprise retenue procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché.

Lorsque aucune offre ne lui paraît acceptable, la personne responsable du marché sur proposition de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, peut déclarer l'appel d'offres infructueux. Elle en avise tous les candidats. Elle peut alors procéder soit à un nouvel appel d'offres, soit, si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées, à un marché négocié conformément au I de l'article 35.

La personne responsable du marché peut à tout moment ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

L'interdiction de la négociation est une règle absolue pour tout appel d'offres, qu'il soit ouvert ou restreint. Le déroulement de la procédure inscrit à l'article 65 est rigoureusement identique à celui détaillé à l'article 60 relatif à l'appel d'offres ouvert.

Section 3 - Procédures négociées

Article 66

Lorsqu'il doit être procédé à un avis d'appel public à la concurrence, le délai minimal entre l'envoi de l'avis à la publication et l'envoi de l'invitation à présenter une offre est d'au moins trente-sept jours. Ce délai peut toutefois être ramené à quinze jours soit en cas d'urgence ne résultant pas de la personne publique, soit pour les marchés d'un montant estimé inférieur à 130 000 € HT pour l'État et à 200 000 € HT pour les collectivités territoriales.

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité.

L'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire dans les cas de marchés négociés passés après publicité et mise en concurrence définis à l'article 35.

L'avis d'appel public à la concurrence prévu à l'article 40 peut utilement prévoir de préciser la catégorie du marché négocié en cause, éventuellement le nombre envisagé de candidats qui seront admis à négocier ainsi que les candidats déjà sélectionnés dans l'hypothèse d'un marché négocié lancé après un appel d'offres infructueux.

Le délai de publicité de droit commun est le délai communautaire de 37 jours.

Il convient de rappeler que, comme tous les délais de publicité mentionnés dans le code, il s'agit d'un délai minimal. Le non-respect de ce délai minimal vicie la procédure et le marché.

En revanche, il peut parfois s'avérer opportun de retenir un délai plus long, en fonction notamment de l'importance et des particularités du marché, et afin de faire jouer au mieux la concurrence.

Le délai de publicité peut être ramené à 15 jours pour les marchés d'un montant inférieur au seuil de l'appel d'offres, et dans les cas d'urgence. L'urgence ne peut être invoquée que si elle est telle qu'elle implique une réduction des délais de publicité. Une réduction du délai normal ne se conçoit en effet, ainsi que le rappellent les directives européennes, que si ce délai est rendu impraticable, ce qui sera le cas si la conclusion du marché est nécessaire à très bref délai pour des raisons sérieuses ne résultant pas du fait de la personne publique contractante.

La transmission des candidatures suit les règles générales définies par le code.

Article 67

La personne responsable du marché dresse la liste des candidats invités à négocier.

Elle adresse simultanément et par écrit aux candidats une lettre de consultation et, le cas échéant, le dossier de consultation.

Cette lettre comporte au moins :

- a) La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;*
- b) La référence à l'avis d'appel public à la concurrence ;*

c) S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement du cautionnement qui peut être demandé pour obtenir ces documents.

Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne responsable du marché six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de garantir leur confidentialité.

Après examen des offres, la personne responsable du marché engage les négociations avec les candidats de son choix ayant présenté une offre. Le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant.

Au terme de ces négociations, la personne responsable du marché attribue le marché. Elle peut à tout moment mettre fin à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

Les étapes de la procédure négociée sont les suivantes.

67.1. Etablissement de la liste des candidats invités à négocier

Les candidatures reçues au terme de la procédure décrite à l'article précédent sont examinées par la personne responsable du marché, qui élimine les candidats dont la candidature n'est pas recevable au regard des critères indiqués et établit la liste des candidats qu'elle invitera à négocier.

67.2. Envoi de la lettre de consultation

Elle est envoyée aux candidats inscrits sur la liste des candidats invités à négocier.

Ses mentions minimales sont précisées par le code.

Cette lettre a pour objet d'inviter les candidats retenus à présenter une offre, et doit leur fournir les informations utiles pour ce faire. Le cahier des charges et les documents complémentaires doivent normalement être joints à cette lettre.

Ainsi que l'indique l'article 66, l'invitation à présenter une offre ne peut être envoyée avant l'expiration du délai de publicité. Cette règle est une garantie du respect de l'égalité entre les candidats, qui doivent avoir accès aux informations dans les mêmes conditions et disposer des mêmes délais. Ce délai doit donc être respecté et l'envoi prématuré à un ou plusieurs candidats vicierait la procédure.

67.3. Accès des candidats aux informations nécessaires

Ils doivent pouvoir accéder au cahier des charges qui doit normalement être joint à la lettre de consultation. En raison notamment de son volume, il est possible de ne pas le joindre à cette lettre. Dans ce cas, les candidats doivent pouvoir librement le consulter et en prendre des copies auprès du service.

Par dérogation au principe de gratuité, un cautionnement peut éventuellement être prévu dans les cas et les conditions fixées à l'article 41.

Ils doivent pouvoir accéder aux éventuelles informations complémentaires nécessaires.

Si un candidat a besoin de renseignements complémentaires pour présenter son offre, ils doivent lui être communiqués, sauf impossibilité matérielle avérée, au plus tard six jours avant la date limite de réception des offres. Ces renseignements ne peuvent consister qu'en des informations qui sont le complément du cahier des charges, et qui sont utiles pour que les candidats élaborent leurs offres.

Tous les candidats doivent le cas échéant pouvoir obtenir les mêmes informations dans les mêmes conditions, et il convient de veiller particulièrement à l'égalité d'accès à l'information de tous les candidats.

67.4. Transmission des offres

De même que pour les candidatures (article 66), la transmission des offres suit les règles générales définies par le code.

67.5. La négociation

Après examen des offres, la personne responsable du marché engage et conduit les négociations avec les candidats qu'elle choisit. Elle élimine les offres irrecevables et non conformes au cahier des charges.

La personne responsable du marché peut choisir les candidats avec lesquels elle va engager des négociations. Le principe d'égalité d'accès à la commande publique implique toutefois qu'elle le fasse sur une base objective, en fonction de l'intérêt des offres. Le respect de la concurrence implique que, sauf exceptions prévues par l'article 35, les négociations soient conduites avec plusieurs candidats. Ceci permet d'assurer l'accès le plus large à la commande publique et garantit à la personne publique un choix réel entre plusieurs offres concurrentes.

Par ailleurs, les négociations doivent impérativement être conduites avec au moins trois candidats, sauf si cela apparaît matériellement impossible faute d'un nombre suffisant d'offres recevables et conformes.

La négociation n'est pas enserrée dans des règles procédurales précises.

Pour des raisons de transparence, il peut paraître utile à la personne responsable du marché de retracer les étapes principales par des écrits.

Par ailleurs, la négociation ne peut conduire à modifier substantiellement les éléments de la mise en concurrence, sauf à ce que l'administration invite tous les candidats avec lesquels elle négocie à adapter leurs propositions à ces modifications.

Les négociations portent donc essentiellement sur les offres des candidats, et ont pour but d'amener les candidats à présenter les offres les plus intéressantes possibles pour la personne publique.

67.6. Fin de la procédure

Au terme des négociations, la personne responsable du marché attribue le marché ou arrête la procédure. La conclusion logique de la procédure est la passation d'un marché. Toutefois, la personne responsable du marché peut ne pas lui donner suite. Il n'y a en effet jamais d'obligation pour une administration de conclure un marché public.

En procédure négociée, la commission d'appel d'offres n'intervient pas sauf celle des collectivités territoriales qui doit donner un avis préalable à la passation d'un marché négocié. Le rôle de la personne responsable du marché est donc déterminant puisque c'est elle qui assure, dans la transparence, le bon déroulement des différentes étapes de la procédure.

Section 4 – Autres procédures

Sous-section 1- Appel d'offres sur performances

Article 68

L'appel d'offres sur performances est organisé selon les règles applicables à l'appel d'offres

restreint sous réserve des dispositions qui suivent.

Après examen et classement des offres par la commission d'appel d'offres, chaque candidat est entendu par la commission, dans des conditions de stricte égalité, définies dans le règlement de la consultation. A la suite de cette audition et, le cas échéant, d'une audition supplémentaire si elle s'avère nécessaire, les candidats peuvent préciser, compléter ou modifier leur offre. L'offre modifiée est remise et traitée dans les mêmes conditions que l'offre initiale. La discussion avec les candidats a pour seul objet la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique.

Les procédés et les prix proposés par les candidats ne peuvent être divulgués au cours de la discussion. La personne responsable du marché ne peut élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier le cas échéant leur offre.

Pour l'État, l'attribution du marché est prononcée par une décision motivée de la personne responsable du marché, après que la commission d'appel d'offres a proposé un classement des offres et formulé un avis qui figure au procès-verbal.

Pour les collectivités territoriales, la commission d'appel d'offres choisit un candidat par une décision motivée qui figure au procès-verbal.

Il peut être prévu l'allocation de primes à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée en application de l'alinéa précédent.

Il n'est pas donné suite à l'appel d'offres si aucune offre n'est jugée acceptable. Les candidats en sont avisés.

68.1. Définition de l'appel d'offres sur performances

C'est une procédure dérivée de l'appel d'offres restreint. Aussi, il y a lieu de se reporter aux règles précisées par les articles 61 à 65, qui fixent le déroulement de la procédure de l'appel d'offres restreint.

Des particularités découlent toutefois de la définition même de l'appel d'offres sur performances, telle qu'elle résulte de l'article 36 :

- d'une part, le cahier des charges techniques définit seulement les exigences de la personne publique (obligation de résultat), et ne décrit pas de solution technique particulière imposée pour satisfaire ces exigences ou atteindre ces résultats ;
- d'autre part, il incombe aux entreprises qui participent à la consultation de définir les spécifications techniques de la prestation à fournir.

De plus, l'article 68 prévoit plusieurs règles spécifiques à la procédure d'appel d'offres sur performances qui dérogent au droit commun de l'appel d'offres restreint et sont commentées ci-après.

Enfin, la commission d'appel d'offres compétente pour cette procédure est composée conformément à l'article 24 du code.

68.2. L'audition des candidats

68.2.1. L'audition a pour seul objet de préciser les moyens nécessaires pour satisfaire le besoin exprimé

Dans la mesure où, par définition, l'administration ne demande pas des prestations précises mais fixe seulement, dans un programme fonctionnel détaillé, des résultats vérifiables à atteindre ou des besoins à satisfaire, il faut permettre aux candidats d'apprécier de façon aussi précise que possible les exigences formulées et l'adéquation des moyens envisagés pour les remplir.

Il s'agit donc seulement de permettre aux candidats de présenter les moyens qu'ils proposent en précisant le cas échéant les exigences correspondantes formulées par l'administration.

La procédure de l'appel d'offres sur performances doit être clairement distinguée de la procédure du marché négocié. En particulier, il ne saurait y avoir de négociation au cours de l'audition.

L'audition n'a par ailleurs pas pour but de permettre à la personne publique de modifier ses exigences.

Une telle modification des conditions de la mise en concurrence, en cours de procédure, serait irrégulière.

68.2.2. L'organisation de l'audition est clairement encadrée

68.2.2.1. Le principe est qu'une seule audition est organisée.

Une audition complémentaire peut être prévue si elle s'avère réellement nécessaire. Elle ne doit toutefois pas avoir pour but de permettre un dialogue avec un ou plusieurs candidats sur leur offre, mais seulement d'examiner un point complémentaire que la première audition n'aurait pas permis d'examiner. La règle de l'égalité entre les candidats implique que, si une deuxième audition a lieu, tous les candidats doivent être entendus.

68.2.2.2. La commission mentionnée au point 68.1 ci-dessus, détient une compétence exclusive pour procéder à l'audition des candidats.

Il importe tout particulièrement de garantir une égalité absolue de traitement des différents concurrents. Ainsi, il est conseillé de préparer un questionnaire qui servira de trame identique pour les auditions de tous les candidats. Tous doivent pouvoir disposer des mêmes éléments d'information. Il importe pour assurer la transparence du déroulement de chaque audition, d'en consigner chaque étape au procès-verbal, de la même manière pour tous les candidats.

Le respect de la confidentialité est également un impératif.

Les procédés et les prix proposés par les concurrents ne peuvent en aucun cas être divulgués au cours de la discussion. De même que dans toute procédure, les candidats ne doivent pas pouvoir disposer d'informations sur les offres de leurs concurrents, sous peine de fausser la concurrence et d'altérer l'égalité entre les entreprises, en portant de plus atteinte au secret de l'industrie et du commerce.

Pour des raisons de transparence, il est nécessaire que le règlement de la consultation ait clairement précisé les modalités de déroulement de l'audition.

À défaut d'avoir été clairement et préalablement indiquée aux candidats, dans des conditions de nature à garantir le respect du principe d'égalité des candidats, l'audition ne peut être organisée régulièrement.

68.2.2.3. Les nécessités d'appréciation technique des prestations proposées ou des moyens pour les réaliser peuvent par exemple conduire la collectivité à organiser des tests de matériels. Il appartient à l'administration de motiver rigoureusement de telles mesures et de veiller strictement au respect du principe d'égalité, ainsi qu'à la compétence exclusive de la commission pour apprécier les offres.

68.2.3. Après l'audition, les candidats peuvent préciser, compléter, ou modifier leur offre

Il ne peut simplement s'agir que d'une adaptation de leurs offres, pour tenir compte des éléments résultant de l'audition.

Ainsi, l'offre ne peut être modifiée que sur les points qui ont fait l'objet de l'audition, c'est à dire la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique.

En revanche, il ne peut s'agir de proposer une offre totalement nouvelle, intégrant des changements sans lien avec les éléments examinés lors de l'audition.

68.2.4. Le programme fonctionnel (exigences de résultats à atteindre ou de besoins à satisfaire) est pour sa part intangible

Il n'est pas possible de modifier en cours de procédure les conditions de la mise en concurrence.

L'acheteur peut en revanche, au terme de l'examen des offres, reprendre le cahier des charges sans le modifier substantiellement, en précisant ou en complétant la description des performances requises.

Si, au terme de l'audition, l'administration souhaite adapter le cahier des charges, elle doit le communiquer dans sa nouvelle version à tous les candidats, pour que tous puissent formuler une nouvelle offre.

68.3. Choix du titulaire

68.3.1. Examen des offres

Les données relatives aux offres des candidats ont plusieurs origines possibles :

- la proposition initiale sous enveloppe,
- les réponses données et les exposés présentés à l'occasion de l'audition et formalisés par écrit,
- l'offre éventuellement modifiée après l'audition.

Afin d'assurer le plus de transparence possible dans les décisions finales, l'ensemble des données fournies par les entreprises candidates et sur lesquelles portent les analyses de la CAO doit prendre une forme écrite.

L'article 68 ouvre la possibilité à la personne publique de combiner des éléments provenant de plusieurs offres de candidats différents. Cette souplesse exceptionnelle ne saurait être utilisée que dans des cas limités. L'attention des acheteurs publics est appelée sur le fait que cette perspective de combinaison des solutions proposées peut décourager les entreprises de présenter des offres innovantes. Il est important de rester prudent dans l'utilisation de cette possibilité et de respecter les règles de forme et du droit de la propriété intellectuelle.

68.3.2. Motivation de la décision

La décision de choix relève de la CAO pour les marchés des collectivités territoriales, et de la PRM après avis de la CAO pour les marchés de l'État. Dans les deux cas, elle doit être motivée.

La motivation doit permettre notamment de vérifier le respect du principe d'égalité de traitement des candidats. L'absence de motivation ou la rédaction d'un avis stéréotypé tel que la seule mention du meilleur rapport qualité/prix entache d'irrégularité la procédure de passation.

68.3.3. Impossibilité de déclarer infructueux un appel d'offres sur performances

Alors que les articles relatifs à l'appel d'offres restreint prévoient, en cas d'absence d'offres acceptables, la possibilité de déclarer l'infructuosité et de lancer une procédure négociée, le présent article ne prévoit que la possibilité ne pas donner suite à l'appel d'offres.

Cette formulation exclut la possibilité de déclarer l'appel d'offres sur performances infructueux et de négocier.

68.4. Les primes

Des primes peuvent être prévues ; elles sont destinées aux candidats les mieux classés et ont pour objet de rétribuer l'effort particulier qui est demandé aux entreprises, qui doivent elles-mêmes identifier et proposer les moyens répondant aux exigences formulées par l'administration.

Ces primes ne sont pas obligatoires, et leur montant doit correspondre à la complexité de l'offre sollicitée ainsi qu'à l'effort particulier demandé aux entreprises. Le règlement de la consultation doit en faire état.

La rémunération de l'attributaire tiendra compte de la prime éventuellement prévue.

Article 69

Lorsque les marchés relatifs à des opérations de communication sont passés conformément à la procédure de l'appel d'offres sur performance, ils peuvent comporter une ou plusieurs phases de réalisation dont le montant global est défini préalablement à l'exécution du marché. Ils sont alors passés pour une durée de trois ans au plus. A l'issue de chaque phase de réalisation, la personne responsable du marché peut, sur la base des résultats obtenus, définir éventuellement, après avis du titulaire du marché, les nouveaux moyens à mettre en œuvre pour la phase suivante, en vue d'atteindre les objectifs de l'opération de communication.

Lorsque l'intérêt de la poursuite du marché est de nature à être remis en cause au cours de son exécution, ce dernier doit prévoir la faculté pour la personne publique d'arrêter son exécution au terme d'une ou de plusieurs de ces phases.

69.1. Les conditions de recours aux dispositions de l'article 69

Les marchés de communication peuvent présenter des spécificités telles qu'un aménagement des procédures classiques de passation des marchés est utile. Cet aménagement ne concerne pas nécessairement tous les marchés de communication. En effet, dans certains cas, il s'agit d'une prestation de communication limitée dans le temps et dont le contenu est bien précis. Dans ce cas, le marché pourra être passé selon les procédures ordinaires prévues par le code, à savoir notamment l'appel d'offres ou la mise en concurrence simplifiée.

Dans d'autres cas, la prestation de communication, tout en étant bien définie et encadrée dans le temps nécessitera l'aide des candidats pour en préciser le contenu. Dans ce cas il pourra être recouru à l'appel d'offres sur performances.

Dans d'autres cas enfin, tout en ayant un objet défini et une durée d'exécution précise, la prestation de communication pourra avoir des modalités de mise en œuvre évoluant dans le temps en fonction de l'impact et de l'efficacité de chacune des interventions déjà réalisées. Dans ce dernier cas, il pourra être recouru aux dispositions de l'article 69 du code qui permettent la réalisation, au sein d'un même marché, de plusieurs campagnes successives de communication lesquelles peuvent être considérées comme des phases successives de ce marché. Dans cette hypothèse, le marché devra toujours être passé sous la forme d'un appel d'offres sur performances.

Cette souplesse qui est introduite dans les règles traditionnelles de passation des marchés publics est toutefois encadrée.

69.2. Les indications devant obligatoirement figurer dans le marché de communication passé en application de l'article 69

69.2.1. L'objet précis du marché

C'est en effet dans le cadre de cet objet que vont devoir être déclinées les phases du marché qui correspondent à autant de campagnes de communication répondant au même objet.

69.2.2. Le montant global du prix

L'article 69 n'exige pas que l'on fixe, lors de la conclusion du marché, le prix de chacune des phases. Ce prix sera fixé, phase par phase, préalablement à leur mise en œuvre.

La personne responsable du marché reste toutefois liée par le montant global du marché.

69.2.3. Les moyens nécessaires à la réalisation du marché

Il s'agira des différents outils ou prestations de communication. Ces moyens pourront être combinés de manière différente pour chacune des phases du marché (ex : une première phase avec dominante d'interventions dans la presse écrite pour la jeunesse, une seconde phase exclusivement tournée vers la presse audiovisuelle pour les 15-20 ans et une troisième phase de manifestations locales avec rappel symbolique du message par affiches). Seule la première phase, dont le contenu peut être raisonnablement connu, devra être détaillée dans l'offre des candidats.

69.2.4. La durée du marché

L'article 69 indique que la durée maximale de ces marchés ne peut excéder 3 ans. Il est toutefois nécessaire de signaler que si la somme des prix des différentes phases réalisées atteint le prix global, le marché sera considéré comme arrivé à son terme même si la date limite d'exécution prévue par le marché n'est pas encore atteinte.

69.3. La comparaison des offres

Elle se fera, en particulier, à partir d'éléments tels l'originalité du concept, son adaptation aux besoins, le prix global du marché, le prix unitaire des outils de la première phase ainsi que le contenu et le prix de la première phase d'exécution du marché.

69.4. Les aménagements susceptibles d'être apportés à la mise en œuvre d'un tel marché

La particularité des marchés de l'article 69 est de permettre, à la fin de chaque phase, de faire le point sur l'efficacité de la campagne menée lors de la phase précédente. La personne responsable du marché peut en tirer les conséquences et arrêter, après avis du titulaire, un ensemble précis des moyens à mettre en œuvre pour la réalisation de la phase suivante. Pour ce faire, la personne responsable du marché peut recourir aux mêmes moyens que ceux déjà mis en œuvre lors de cette phase précédente. Elle peut aussi y adjoindre des moyens nouveaux non encore utilisés, ou composer une campagne de communication en utilisant uniquement des outils non encore utilisés mais qui sont prévus dans le marché.

La condition à respecter pour ces phases successives est que leur contenu et leur prix soient bien arrêtés par la personne responsable du marché avant la mise en œuvre de chacune des phases.

Aucune modification ne peut en revanche être apportée, dans le cadre de la définition du contenu de chaque phase, à l'objet du marché et à son prix global.

Un guide sur les marchés de communication sera prochainement publié par le Service d'information du gouvernement et le MINEFI.

Sous-section 2 - Procédure propre aux marchés de conception-réalisation

Article 70

Les marchés de conception-réalisation sont passés selon les règles de l'appel d'offres sur performances, notamment pour ce qui concerne les auditions, sous réserve des dispositions suivantes :

1° Un jury est composé des membres de la commission d'appel d'offres mentionnée aux articles 21 et 22, auxquels s'ajoutent des maîtres d'œuvre désignés par la personne responsable du marché. Ces maîtres d'œuvre doivent être indépendants des candidats et du maître de l'ouvrage et doivent être compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception. Ils représentent au moins un tiers du jury ;

2° Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. La personne responsable du marché arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation ;

3° Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage ;

4° Le jury dresse un procès verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé ;

5° Le règlement de la consultation prévoit le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont le jury a estimé que les offres remises avant l'audition étaient incomplètes ou ne répondaient pas au règlement de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

70.1. Définition

La conception-réalisation est une forme dérivée de l'appel d'offres sur performances.

Il y a donc lieu de renvoyer aux articles 24, 36 et 68 qui régissent la procédure de l'appel d'offres sur performances, notamment s'agissant de l'audition.

Ceci implique en particulier le respect des principes d'égalité absolue entre les candidats, de même que de confidentialité, tels que les rappelle l'article 68. Le champ d'application de la conception-réalisation est celui précisé par l'article 37 du présent code.

Par ailleurs, le présent article prévoit plusieurs particularités procédurales.

70.2. Le jury de la procédure de conception-réalisation

Il se substitue à la CAO de l'appel d'offres sur performances jusqu'à l'attribution du marché qui s'effectue selon les règles de droit commun en matière de marchés publics, c'est à dire par la personne responsable du marché pour l'Etat et la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

70.2.1. Composition

Elle dérive de celle de la CAO de droit commun.

Le jury se compose des membres de la CAO de droit commun, telle qu'elle est définie par les articles 8, 21 et 22, à l'exception des personnalités compétentes qui font l'objet de dispositions spécifiques exposées ci-après.

À ces membres s'ajoutent des maîtres d'œuvre choisis en raison de leur compétence. Leur compétence n'est pas appréciée de façon générale, mais en fonction du marché précis dont la passation est envisagée. Ils doivent ainsi pouvoir justifier de leur compétence au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à réaliser.

Ils doivent offrir toutes les garanties d'indépendance par rapport aux candidats et au maître d'ouvrage.

Ils sont désignés par la personne responsable du marché en nombre égal à, au moins, un tiers du total des membres du jury.

70.2.2. Attributions

Elles sont consultatives. Le jury examine les candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir, liste arrêtée par la personne responsable du marché.

Le jury se prononce ensuite sur les prestations des candidats. Il les auditionne et formule un avis motivé sur leurs offres. Dans la mesure où le jury est seulement appelé à émettre un avis, le choix du candidat retenu revient également à la personne responsable du marché.

Le jury doit dresser procès-verbal de ses réunions.

70.3. Spécificités du déroulement de la procédure

70.3.1. Prestations attendues des candidats

Les candidats doivent au moins présenter un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment, ou un avant projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Par ailleurs, puisque le présent article affirme que les candidats admis à réaliser des prestations se voient remettre gratuitement les pièces nécessaires, sans qu'aucune exception soit prévue au principe de gratuité, il n'y a pas lieu d'appliquer le mécanisme de l'article 41 qui permet d'exiger un cautionnement dans le cas des marchés des collectivités territoriales.

70.3.2. Régime des primes

Le montant des primes est prévu par le règlement de consultation. Il est précisément fixé au prix estimé des études de conception à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Le jury peut toutefois, au vu de l'offre de chaque candidat, réduire le montant de la prime, voire même la supprimer, si l'offre apparaît incomplète ou ne répond pas aux exigences formulées.

Par ailleurs, de même que dans le droit commun de l'appel d'offres sur performances, la rémunération de l'attributaire tiendra compte de la prime éventuellement prévue.

Sous section 3 - Concours.

Article 71

1- En cas de concours ouvert, les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe contenant les renseignements relatifs à leur candidature, une seconde enveloppe contenant les prestations demandées et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une troisième enveloppe contenant leur offre de prix.

En cas de concours restreint, les candidats admis à concourir sont invités à remettre leurs

prestations et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une enveloppe séparée contenant leur offre de prix.

2° Le jury examine les candidatures. Il dresse un procès-verbal et formule un avis motivé.

La liste des candidats admis à concourir est arrêtée par la personne responsable du marché.

3° Les prestations des candidats sont évaluées par le jury qui en vérifie la conformité au règlement du concours et en propose un classement fondé sur les critères indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence. Cet examen est anonyme si le montant total des primes est égal ou supérieur à 130 000 € HT pour l'Etat ou à 200 000 € HT pour les collectivités territoriales ou si le concours est organisé en vue de la passation ultérieure d'un marché de service avec le lauréat, dont le montant estimé est égal ou supérieur à 130 000 € HT pour l'Etat ou à 200 000 € HT pour les collectivités territoriales.

4° Le jury dresse un procès verbal de l'examen des prestations et formule un avis motivé. Ce procès verbal est signé par tous les membres du jury. Il est transmis à la personne responsable du marché qui décide du ou des lauréats du concours.

5° La personne responsable du marché négocie avec tous les lauréats. Le marché qui fait suite au concours est attribué à l'un des lauréats par la personne responsable du marché ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante.

La personne responsable du marché alloue les primes aux candidats conformément aux propositions qui lui sont faites par le jury.

71.1. Publicité

La question est réglée par les articles 39 et 40 du présent code.

On peut simplement rappeler qu'il ressort de la combinaison de l'article 71 avec l'article 27 sur le calcul des seuils que, pour déterminer le montant d'achat à prendre en compte pour connaître le régime de publicité applicable, il faut cumuler le montant total des primes versées ainsi que, si le concours aboutit à la conclusion d'un marché, le montant estimé de celui-ci.

71.2. Présentation des candidatures et des offres

La particularité du concours tient, ainsi que cela est exposé à l'article 38, à ce que son objet est d'une part de choisir un plan ou un projet, d'autre part de permettre de passer un marché avec l'un des lauréats pour la réalisation de ce projet ou de ce plan.

Les offres des candidats recouvrent donc potentiellement deux éléments différents, qui correspondent à deux procédures différentes :

- d'une part le plan ou le projet qui fait l'objet du concours, et qui sera examiné dans le cadre de la procédure du concours ;
- d'autre part la réalisation du plan ou du projet, qui fera l'objet d'un marché passé ultérieurement.

Les offres des candidats doivent donc clairement distinguer, d'une part ce qui correspond au plan ou projet et qui sera examiné durant le concours, d'autre part ce qui correspond à la réalisation de ce plan ou de ce projet et qui fera l'objet du marché ultérieur.

Pour préciser ce point, il convient de distinguer entre concours ouvert et concours restreint dont les procédures sont développées au point 71.4 ci-après.

71.3. Attributions du jury

Le jury est chargé de donner un avis motivé sur les candidatures puis sur les prestations remises par les candidats. La décision revient à la personne responsable du marché, qui dresse donc la liste des candidats admis à concourir et décide du ou des lauréats du concours.

Les réunions du jury ne sont pas publiques.

Le jury propose l'allocation de primes aux candidats. La personne responsable du marché attribue les primes conformément à cette proposition.

Lorsque le concours est suivi d'un marché, c'est la PRM qui négocie avec le ou les lauréats, puis attribue pour l'État, ou transmet à l'assemblée délibérante qui attribue pour les collectivités territoriales, sans que le jury intervienne pendant cette phase de négociation et d'attribution.

71.4. Déroulement de la procédure

71.4.1. Concours ouvert

Les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe contenant les renseignements relatifs à leur candidature, une seconde enveloppe contenant les prestations demandées et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une troisième enveloppe contenant leur offre de prix.

L'offre de prix correspond au prix demandé pour la réalisation du plan ou du projet qui fait l'objet du concours.

Le jury procède à l'examen des candidatures (première enveloppe). Il dresse un procès-verbal dans lequel il formule un avis motivé.

Au vu de cet avis et du classement des projets par le jury, la personne responsable du marché désigne lauréat l'auteur du projet qu'elle entend retenir et engage la négociation avec l'intéressé. Si elle hésite sur le projet à retenir, en présence, par exemple de deux projets difficiles à départager, elle déclarera lauréats les deux auteurs des deux projets en cause avec lesquels elle devra négocier avant l'attribution du marché.

Si le concours est anonyme, le secrétariat du jury transmet alors au jury les enveloppes contenant les prestations des candidats retenus.

Le jury procède ensuite à l'examen des prestations (deuxième enveloppe). Il dresse un procès-verbal dans lequel il formule un avis motivé et propose un classement des candidats.

La personne responsable peut lever l'anonymat lorsque le procès-verbal signé par tous les membres du jury lui a été remis.

Au vu de l'avis du jury, et, s'il est prévu un marché à l'issue du concours, après examen des offres de prix (troisième enveloppe), elle décide du ou des lauréats.

71.4.2. Concours restreint

Les candidats admis à concourir sont invités à remettre leurs prestations et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une enveloppe séparée contenant leur offre de prix.

L'offre de prix correspond au prix demandé pour la réalisation du plan ou du projet qui fait l'objet du concours.

Le jury intervient une première fois au stade de l'examen des candidatures sur lesquelles il dresse un procès-verbal et formule un avis motivé.

Au vu de cet avis, la personne responsable du marché arrête la liste des candidats admis à présenter une offre.

Le jury intervient ensuite au stade de l'examen des prestations (première enveloppe) rendues anonymes si nécessaire. Il dresse un procès-verbal dans lequel il formule un avis motivé et propose un classement des candidats.

La personne responsable du marché peut lever l'anonymat lorsque le procès-verbal signé par tous les membres du jury lui a été remis.

Au vu de l'avis du jury, et, s'il est prévu un marché à l'issue du concours, après examen des offres de prix (deuxième enveloppe), elle décide du ou des lauréats.

71.5. Anonymat

71.5.1. Champ d'application

L'anonymat s'impose au-delà des montants suivants :

- pour l'État, si le montant total des primes est égal ou supérieur à 130 000 € HT, ou si le concours est organisé en vue de la passation ultérieure d'un marché dont le montant estimé est égal ou supérieur à 130 000 € HT ;
- pour les collectivités territoriales, si le montant total des primes est égal ou supérieur à 200 000 € HT, ou si le concours est organisé en vue de la passation ultérieure d'un marché dont le montant estimé est égal ou supérieur à 200 000 € HT.

71.5.2. Modalités

Afin d'assurer le respect de l'anonymat, les personnes publiques doivent mettre en œuvre une procédure spécifique de réception et d'examen des prestations.

L'organisation pratique peut s'inspirer des principes suivants :

- Chaque service ou collectivité désigne une ou deux personnes (appelées dans la suite du texte secrétariat du concours) chargées de recevoir les enveloppes, puis de mettre en œuvre la procédure visant au respect de l'anonymat. La confidentialité implique que le secrétariat du concours devra être à même d'exercer sa mission dans des conditions de rigoureuse indépendance ;
- Les prestations sont reçues et enregistrées par le secrétariat du concours. Elles se présentent en deux ou trois enveloppes selon le type de concours : les documents nominatifs, signés par le candidat ou le cas échéant par les membres du groupement ; les documents présentés sous une forme anonyme (pièces écrites et graphiques décrivant le projet tel que demandé dans le règlement de consultation) ; et l'offre de prix, c'est-à-dire l'acte d'engagement du marché sur lequel est portée la proposition d'honoraires du candidat à laquelle peut être annexée une décomposition de ce prix ;
- Le secrétariat du concours recense et numérote les pièces remises par les concurrents. Il affecte aux pièces nominatives et à chaque pièce du dossier de présentation du candidat un code (lettre ou numéro par exemple). Il est préférable de ne pas choisir un code correspondant à l'ordre d'arrivée ou d'enregistrement ;
- Le secrétariat du concours garde les documents dans les conditions permettant d'en assurer la confidentialité (coffre-fort réservé à cet usage par exemple) ;

- Le secrétariat transmet ensuite les dossiers ainsi codés aux services du maître d'ouvrage qui seront chargés de présenter les prestations au jury.

71.6. Primes

Les prestations réalisées par les candidats donnent lieu au versement de primes identiques ou de primes variables en fonction du classement final.

La personne publique définit l'option retenue quant au versement des primes dans le règlement de la consultation. S'agissant du versement de primes variables, elle peut déterminer la répartition des primes en fonction du classement final, ou n'indiquer que le montant global des primes à répartir.

Le règlement de la consultation précise également les modalités de réduction ou de suppression des primes en cas de prestations incomplètes.

Le jury, à l'issue de l'examen des prestations, propose éventuellement à la personne responsable du marché la réduction ou la suppression de la prime, conformément au règlement de la consultation. En outre, lorsque les primes sont présentées dans le règlement de la consultation sous la forme d'un montant global à répartir, il en propose la répartition. La personne responsable du marché alloue les primes conformément à la proposition du jury.

Lorsque le concours donne lieu à la conclusion d'un marché, la rémunération de l'attributaire tient compte de la prime reçue.

71.7. Négociation et choix de l'attributaire du marché faisant suite à un concours

À l'issue de la procédure, la personne responsable du marché négocie avec le ou les lauréats du concours pour l'attribution du marché qui fait suite au concours.

L'article 35 § III, 3° prévoit ainsi que peuvent être passés sous la forme d'un marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence préalable, les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours.

Toutefois, lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier.

À l'issue de la négociation, le marché est attribué par la personne responsable du marché, ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante.

Chapitre 5 – Dispositions particulières à certains marchés

Section 1 – Marchés fractionnés

Article 72

Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches conditionnelles.

I - 1° Le marché à bons de commande détermine les spécifications, la consistance et le prix des prestations ou ses modalités de détermination; il en fixe le minimum et le maximum en valeur ou en quantité. Le montant maximum ne peut être supérieur à quatre fois le montant minimum.

Le marché est exécuté par émission de bons de commande successifs, selon les besoins. Chaque bon de commande précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée. Il en détermine la quantité.

2° Par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation, lorsque le volume du besoin et sa survenance ne peuvent être a priori appréciés par la personne publique contractante, il peut être conclu un marché sans minimum, ni maximum.

3° Dans les cas prévus au 1 et au 2, pour des raisons dûment justifiées par l'impossibilité pour une seule entreprise de réaliser la totalité des prestations, ou par la nécessité d'assurer la sécurité d'approvisionnement, il peut être passé des marchés avec plusieurs titulaires comportant des lots portant sur des prestations identiques, à la condition que le marché fixe expressément les conditions dans lesquelles les bons de commande seront attribués aux différents titulaires.

4° Par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation, la personne publique peut lancer une procédure d'appel d'offres et conclure, pour les mêmes prestations, des marchés sans minimum ni maximum avec plusieurs titulaires, lorsque ceci est rendu nécessaire:

a) Soit par la forte volatilité des prix des produits ;

b) Soit par l'obsolescence rapide des produits ;

c) Soit par la circonstance que la survenance du besoin est liée à des situations d'urgence impérieuse ne résultant pas du fait de la personne publique contractante et incompatibles avec le délai de préparation d'un marché ;

d) Soit par la circonstance que certaines caractéristiques des produits ou matériels ne peuvent être précisées qu'en fonction du déroulement d'une mission de recherche scientifique ou technologique.

Dans les cas prévus aux a et b, le prix peut ne pas être indiqué dans le marché, mais ce dernier doit néanmoins contenir tous les éléments permettant de le déterminer au moment de l'émission de chaque bon de commande.

Le règlement de la consultation annonce que ces marchés donneront lieu à remise en compétition lors de l'attribution des bons de commande et indique le nombre maximal de titulaires qui seront retenus. Il indique que, lors de la survenance des besoins, tous les titulaires seront remis en compétition sur la base du cahier des charges initial et que le choix de l'attributaire du bon de commande sera fonction du prix et, le cas échéant, du délai. Il précise que les réponses des entreprises seront transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de réception.

La remise en compétition prévue à l'alinéa précédent a lieu dans des formes et délais identiques pour tous les candidats en assurant la confidentialité des réponses. Le contenu de chaque réponse est enregistré.

La personne responsable du marché ou son représentant pour l'Etat ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales choisit l'attributaire du bon de commande.

En outre, dans les cas prévus au d, le cahier des charges initial indique les caractéristiques techniques susceptibles d'être précisées en fonction du déroulement de la mission de recherche. Lors de la remise en compétition, la personne responsable du marché ou son représentant indique à chacun des titulaires les motifs qui la conduisent à exiger les caractéristiques techniques qu'elle précise. Lorsque cette motivation ne peut être portée à la connaissance des titulaires parce qu'elle comporte des informations couvertes par l'un des secrets mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, elle est consignée dans un registre coté réservé à cet effet.

Pour des commandes de produits ou de matériels dont la valeur est inférieure à un montant de 610 € HT, qui sont destinées à satisfaire des besoins occasionnels ou de faible volume, la personne

responsable du marché ou son représentant ne remet pas en compétition les titulaires retenus, dès lors que, pour des fournitures homogènes, la somme de ces bons unitaires de commande, appréciée par période de douze mois reconductible dans la limite de la durée du marché, est inférieure au seuil de publicité fixé au niveau communautaire pour les marchés de fournitures. Dans ce cas, le règlement de la consultation prévoit que l'attribution des bons de commande ne donnera pas lieu à remise en compétition. Le cahier des charges précise les modalités d'exécution et de contrôle de ces dispositions.

Sous réserve que les motifs soient précisés au moment de l'émission du bon de commande il en est de même :

- lorsque aucun autre produit ou matériel ne peut être substitué au produit ou matériel à acquérir dans le cadre de la mission de recherche scientifique ou technologique et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir ;

- pour des commandes complémentaires effectuées à titre accessoire auprès du fournisseur initial, destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou de matériels d'usage courant, lorsque le changement de fournisseur conduirait à acquérir des fournitures ou des matériels de technique différente, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi et aux avantages liés à une remise en compétition, soit à l'extension de commandes afférentes à ces fournitures ou à ces matériels ;

5° Les marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder trois ans consécutifs.

Néanmoins, cette durée peut atteindre cinq ans consécutifs lorsque le marché est passé en application du 4° du III de l'article 35.

Le marché précise la durée maximale d'exécution des bons de commande.

***II** - Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché 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 conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision de la personne responsable du marché, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affirmée avec retard ou n'est pas affirmée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit.*

72.1. Définition des marchés fractionnés

Lorsque la nature des besoins à satisfaire est connue et peut faire l'objet d'un cahier des charges mais que les quantités susceptibles d'être commandées restent incertaines, il peut être conclu des marchés fractionnés. La détermination des besoins doit néanmoins être réalisée dans les conditions prévues au code des marchés par les articles 5 et 6.

L'article 72 du code des marchés publics prévoit deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande et les marchés à tranches conditionnelles.

72.1.1. Les marchés à bons de commande

Les marchés sont à bons de commande lorsque l'incertitude porte sur l'évaluation quantitative et le rythme du besoin global à satisfaire. Cette catégorie de marchés est réservée à des achats échelonnés, en particulier de biens consommables.

72.1.2. Les marchés à tranches conditionnelles

Les marchés sont à tranches conditionnelles lorsque l'ensemble des éléments quantitatifs est connu mais qu'il existe une incertitude sur la possibilité de réaliser l'intégralité du programme présenté. Chaque tranche représente un ensemble cohérent. En pratique, et compte tenu de la nécessité d'engager une dépense efficace, il convient que chaque tranche soit déterminée. Cette condition n'implique pas que les tranches comportent des prestations identiques ; il est cependant nécessaire que l'ensemble des prestations de chaque tranche soit prévu dès le lancement de la consultation. Cette catégorie de marchés est plus particulièrement adaptée aux opérations d'infrastructure, d'immobilier et aux marchés industriels.

De même, il pourra être recouru à un marché à tranches conditionnelles lorsqu'il est nécessaire de valider au fur et à mesure de son déroulement la progression d'une étude.

72.2. Utilisation conjointe des deux formes de marchés fractionnés

Si la combinaison dans un marché des deux formes de fractionnement n'est pas interdite, la rédaction du contrat s'avère toutefois complexe du fait de la multiplication des incertitudes, et les conditions d'exécution pourraient s'en trouver affectées.

En tout état de cause, à défaut de dispositions expresses en ce sens, la combinaison de ces deux formes de marchés ne saurait exonérer l'acheteur public des obligations spécifiques à chacune d'elles. Il lui appartient en conséquence de veiller au respect de l'ensemble des contraintes imposées par le code pour la passation de chacune de ces formes de marché.

Il faut enfin observer que si l'incertitude porte tant sur les quantités que sur la faisabilité même de l'opération envisagée, il convient de s'interroger sur l'opportunité même de lancer une consultation auprès des fournisseurs.

S'agissant de marchés portant sur des études, la personne publique peut souhaiter ne pas s'engager sur la totalité des études envisagées afin de pouvoir décider, au terme de phases bien précises, de l'opportunité ou de l'intérêt de la prolongation de ces études. Dans ce cas, il ne convient pas qu'elle conclue un marché à bons de commande, inadapté aux besoins, mais qu'elle privilégie le marché à tranches conditionnelles qui lui permet de subordonner la commande d'une tranche au rendu des résultats ou des tests résultant d'une tranche antérieure. Ces différentes tranches, prédéterminées dans le marché, ne seront enclenchées qu'après acceptation des résultats de la tranche précédente par la personne publique. Le marché pourra être définitivement arrêté après chaque tranche.

S'agissant d'incertitudes touchant le projet lui-même (cas des marchés industriels ou de travaux), la pratique s'est développée de l'introduction dans le marché d'une part provisionnelle en cas d'ajustements techniques ou de modifications du projet. Cette disposition n'a aucune valeur juridique dans la mesure où il n'existe aucun engagement ni du fournisseur -qui ne connaît pas la teneur de ce qui pourrait lui être demandé - ni de la personne publique. Elle n'exempte donc pas le service, si des modifications s'avèrent nécessaires en cours d'exécution, de conclure un avenant dès lors que l'objet du marché et son économie initiale ne sont pas bouleversés.

72.3. Mise en concurrence et publicité

Les marchés fractionnés sont soumis aux règles communes. Toutefois, l'appréciation des seuils de publicité et de procédure obéit aux règles spécifiques suivantes :

- pour les marchés à bons de commande, le montant à prendre en compte est l'estimation des besoins correspondant à la durée totale du marché envisagé, y compris les périodes de reconduction éventuelle dans la limite du délai maximal prévu par le 5° du I de l'article 72. Si le marché comporte un minimum et un

maximum, la détermination des obligations de publicité et de mise en concurrence se fait sur la base du maximum qui s'entend là encore périodes de reconduction comprises. Si le marché ne comporte ni minimum ni maximum, les obligations de publicité et de mise en concurrence doivent être maximales, l'absence de maximum laissant à l'acheteur public la possibilité de réaliser des achats bien au-dessus des seuils communautaires ;

- pour les marchés à tranches, le montant à prendre en compte correspond au montant global constitué par la tranche ferme et la ou les tranche(s) conditionnelle(s).

72.4. Les marchés à bons de commande

72.4.1. Eléments constitutifs du marché

Le marché, qui est constitué :

- d'une part de l'acte d'engagement et des pièces contractuelles initialement notifiées,
- d'autre part des bons de commande émis pendant la durée de validité du marché,

comporte nécessairement les indications visées à l'article 12 du code des marchés publics.

Les bons de commande ne peuvent modifier les conditions initialement fixées au marché. Ils peuvent néanmoins compléter ce dernier notamment sur les conditions d'exécution de la commande (lieux, délais et bien sûr quantités et montant du bon de commande résultant de l'application des clauses contractuelles). C'est ce qu'indique le second alinéa du 1° du I de l'article 72 : « ...Chaque bon de commande précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée. Il en détermine la quantité ».

72.4.2. Durée du marché

72.4.2.1. La durée du marché doit être définie (article 15 du CMP) et limitée.

La durée maximum des marchés à bons de commande est de trois ans, reconduction comprise, sauf si le marché est passé en application du 4° du III de l'article 35 du code des marchés publics : dans ce cas, la durée maximum peut être portée à cinq ans. Ces durées maximales sont impératives, elles ne peuvent être dépassées ni par décision de poursuivre, ni par avenant, ni par reconduction du marché.

L'acheteur public peut donc opter, soit pour un marché à durée définitivement arrêtée lors de sa conclusion, soit pour un marché comprenant une période ferme susceptible d'être reconduite dans la limite des durées maximales prévues par le nouvel article 72.

A titre d'illustration sans caractère limitatif ou impératif peuvent ainsi être cités : soit un marché de trois ans, ou un marché d'un an reconductible deux fois. Lorsqu'il s'agira d'un marché passé en application du 4° du III de l'article 35, le choix pourra, par exemple, porter soit sur un marché de cinq ans, soit sur un marché d'un an reconductible dans la limite maximale de cinq ans.

72.4.2.2. Les bons de commande signés par la personne responsable du marché ou le représentant expressément désigné par elle peuvent être émis jusqu'à l'expiration de la durée de validité du marché.

Les bons de commande émis en fin de marché pourront voir leur exécution se prolonger au-delà de la date d'expiration du marché. Toutefois, afin qu'un bon de commande émis lors des derniers jours de validité du marché ne puisse prolonger abusivement celui-ci, le 5° du I de l'article 72 dispose que le marché doit préciser la durée d'exécution maximale des bons de commande.

72.4.3. Les deux grandes catégories de marchés à bons de commande

Ces deux grandes catégories sont différenciées par la formulation de leur montant. Dans l'un des cas le montant est annoncé sous la forme d'un minimum et d'un maximum, dans l'autre cas sous la forme de l'absence de minimum et de maximum.

En tout état de cause, s'agissant d'une des caractéristiques principales du marché, ce montant devra être indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence.

72.4.3.1. Marchés comportant un minimum et un maximum en valeur ou en quantité

72.4.3.1.1. Un marché constitue un engagement réciproque équilibré.

L'acheteur public est non seulement tenu, sous peine d'indemnisation de son cocontractant, de lui passer commande à hauteur du minimum prévu au contrat, mais il est également tenu, en cas de survenance du besoin et pour des prestations entrant dans l'objet du marché, de s'adresser exclusivement à lui tant que la date limite d'expiration du marché n'est pas atteinte, jusqu'à hauteur du maximum prévu au contrat. En revanche, le cocontractant ne dispose d'aucun droit à l'obtention de commandes excédant le minimum prévu au marché et pouvant aller jusqu'au maximum prévisionnel contractuel dans l'hypothèse où, jusqu'à la date limite d'expiration du marché, il y aurait absence de survenance du besoin.

Il ne peut ainsi être conclu simultanément, pour des prestations identiques, au sein ou en dehors d'un même marché avec minimum et maximum, d'autres marchés formalisés ou non formalisés avec plusieurs fournisseurs en dehors des cas spécifiques prévus au 3° du I de l'article 72 (voir commentaire au 72.4.4).

72.4.3.1.2. Afin que le marché soit équilibré et équitable, il convient que la fourchette entre le minimum et le maximum soit réaliste et corresponde à des estimations raisonnables.

Des écarts trop importants ne reflétant aucune réalité des besoins mais n'ayant d'autre but que de minorer l'engagement initial de la personne publique et de maximiser l'engagement du fournisseur doivent être bannis. C'est la raison pour laquelle un écart maximum est fixé entre le minimum et le maximum du marché. Le 1° du I de l'article 72 fixe ce maximum à quatre fois le minimum.

Il appartient toutefois à la personne responsable du marché de fixer ces montants minimaux et maximaux en fonction de l'importance et de l'évolution possible des besoins et non par un recours systématique à l'écart maximal prévu par le code entre le minimum et le maximum. En tout état de cause, l'écart choisi ne pourra excéder cet écart maximal.

Le minimum et le maximum sont indiqués en valeur ou en quantités qui doivent être appréciées, dans le silence du marché, sur la période ferme du marché ne comprenant pas les reconductions.

72.4.3.2. Marchés sans montant ou sans quantité

72.4.3.2.1. Un marché ne comportant aucune indication de volume (en valeur ou en quantité) et qui ne permet pas de connaître l'ampleur de la commande n'a pas d'objet certain au sens du code civil (article 1108).

La détermination de l'obligation doit être, en effet, suffisamment précise pour les deux parties dès l'accord des volontés. Par souci de pragmatisme, il est acceptable que l'exigence de précisions soit moindre s'agissant non de la nature des prestations qui doit être parfaitement identifiée dès la mise en concurrence, mais de leur volume si une personne publique est objectivement confrontée à une programmation difficile d'un événement dont la survenance n'est pas assurée (ex : événements météorologiques peu fréquents du type gel dans les régions côtières) mais qui impose, s'il survient, de disposer très rapidement de prestations indispensables.

En revanche, si l'acheteur sait le besoin certain, sans pouvoir en délimiter précisément le volume, il doit donner dans le règlement de la consultation l'indication des quantités minimales ou maximales en s'appuyant notamment sur les consommations antérieures (ex : consommations électriques ou de téléphone, de papier...).

Le service qui entend recourir aux marchés à bons de commande sans minimum ni maximum devra, conformément aux exigences des 2°, 3° et 4° du I de l'article 72 motiver ce choix dans le rapport de présentation du marché.

72.4.3.2.2. Le marché sans minimum ni maximum est un marché exclusif pour toute sa durée avec le prestataire sélectionné.

Le recours aux marchés sans minimum ni maximum ne prive pas le titulaire du marché du droit d'exclusivité dont il dispose pour l'approvisionnement de l'acheteur public pour les prestations objet du marché. Il ne peut en conséquence être conclu simultanément, pour des prestations identiques, au sein ou en dehors d'un même marché sans minimum ni maximum, plusieurs marchés formalisés ou non formalisés avec un autre fournisseur que le titulaire du marché.

Ce principe commun à tous les types de marchés publics admet toutefois une exception dans deux cas précis prévus au 3° et au 4° du I de l'article 72 (voir commentaire au 72.4.4 et 72.4.5).

Le recours à ces exceptions devra être dûment motivé.

L'attention des acheteurs publics est enfin appelée sur le fait que si ces dérogations permettent d'éviter la fixation dans le document contractuel d'un minimum et d'un maximum, une évaluation du montant maximum probable du marché devra toujours être effectuée par la personne responsable du marché afin de déterminer la procédure de consultation à mettre en œuvre, d'apprécier s'il est ou non nécessaire de procéder à une publicité à l'échelon communautaire et, le cas échéant, de saisir la commission spécialisée des marchés compétente. Ces indications doivent être données dans le rapport de présentation du marché. Cette remarque vaut également pour la dérogation prévue au 4° du I de l'article 72.

72.4.4. Cas particulier des prestations ne pouvant être réalisées par un seul prestataire ou nécessitant d'assurer la sécurité des approvisionnements

Dans l'hypothèse où une seule entreprise serait dans l'impossibilité de réaliser la totalité de la prestation ou lorsqu'il y a nécessité d'assurer la sécurité des approvisionnements, il peut être recouru à un marché avec minimum et maximum ou à un marché sans minimum ni maximum à la condition que ce marché fixe précisément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires (tour de rôle, ordre alphabétique...). Tel peut être notamment le cas de l'obligation d'héberger un nombre important de personnes dans le périmètre d'une zone géographique définie ou encore le cas de l'approvisionnement en médicaments d'un service hospitalier.

Ces dispositions sont d'interprétation stricte. Il importe en effet dans un souci de transparence et d'égalité de traitement des titulaires du marché, que ceux-ci soient pleinement informés, dès le lancement du marché, des conditions dans lesquelles celui-ci sera mis en application par la personne responsable du marché.

Par ailleurs, il est essentiel de souligner que les dispositions du 3° du I de l'article 72 obligent la personne responsable du marché à justifier le recours à cette dérogation et à adapter strictement le marché à ses besoins. Ainsi, il ne saurait être admis que la personne responsable du marché prévoie d'attribuer simultanément le marché à 3, 4 ou 5 titulaires si la nécessité de sécuriser les approvisionnements peut raisonnablement être assurée par 2 titulaires.

Ces dispositions nouvelles ne peuvent en aucun cas être considérées comme ouvrant la possibilité pour la personne responsable du marché de faire plus ou moins participer toutes les entreprises susceptibles de réaliser la prestation à la réalisation du marché. Un tel « saupoudrage » des prestations ne correspondrait ni à l'esprit, ni à la lettre du code.

Ces dispositions ne font cependant pas obstacle à la possibilité de conclure, parallèlement à ces marchés, d'autres acquisitions lorsque celles-ci concernent des produits, des travaux ou des services qui, même s'ils sont similaires à ceux prévus par le marché, n'apparaissent pas comme entrant dans la définition de l'objet de ces marchés.

72.4.5. Cas particulier des achats de prestations soumises à de brusques variations de prix, à une obsolescence technologique rapide, à une urgence impérieuse d'exécution ou des achats réalisés pour les besoins d'une mission de recherche scientifique ou technologique

72.4.5.1. Organisation de la mise en concurrence

Comme pour le 2° et le 3°, le 4° du I de l'article 72 prévoit un dispositif spécifique à certaines situations énoncées par le texte. S'agissant là également d'un dispositif dérogatoire au droit commun des contrats, il sera d'interprétation stricte. Il appartiendra en conséquence à la personne responsable du marché qui entend recourir à ce dispositif de motiver ce recours dans le rapport de présentation du marché.

Le recours à la désignation de plusieurs titulaires et à la remise en compétition n'est permis que dans le cadre d'un appel d'offres restreint ou ouvert, national ou communautaire.

Les candidats doivent être clairement informés dès l'avis d'appel public à la concurrence de la forme particulière de la consultation et du nombre de titulaires retenus à l'issue de la remise des offres, lesquels seront seuls remis en compétition préalablement à l'attribution des bons de commande.

Lors de la survenance des besoins, tous les titulaires retenus doivent systématiquement être remis en compétition, sauf le cas visé au d) du 4° du I de l'article 72, par la personne responsable du marché ou son (ou ses) représentant(s) expressément désigné(s). A la demande des autorités de contrôle, les services devront dès lors être en mesure de produire :

- le cas échéant, la délégation donnée par la personne responsable du marché à son (ou ses) représentant(s) ;
- la lettre ou télécopie de remise en compétition permettant de vérifier que les entreprises ont été consultées au même moment, sur les mêmes bases et se sont vu accorder un délai identique pour remettre soit leur prix, soit leur délai, soit les deux. Il pourra également être recouru au courrier électronique, sous réserve que celui-ci s'organise dans des conditions permettant la préservation de la confidentialité des messages ;
- l'enregistrement des réponses et leur contenu.

Comme le prévoit expressément l'article 72 du code des marchés publics, et sous réserve, s'agissant de l'application du d) du 4° du I de cet article, que l'offre des titulaires réponde bien aux caractéristiques techniques précises demandées, la désignation de l'attributaire du bon de commande par la personne responsable du marché ou son (ou ses) représentants expressément désignés, ne peut intervenir qu'au regard du critère du prix et, le cas échéant de délai. Lors de la remise en compétition, les titulaires du marché pourront ainsi proposer soit une diminution du prix initialement proposé soit des remises sur ce prix. Le choix est automatique, il ne peut laisser place à une nouvelle appréciation qualitative des prestations, celle-ci ayant été formulée lors de la décision initiale de retenir les titulaires. Dans les collectivités territoriales ce principe vaut également pour le choix, par les autorités compétentes ou les commissions d'appel d'offres de l'attributaire des bons de commande.

Cette procédure des marchés à bons de commande ne fait pas obstacle notamment à ce que les conditions matérielles d'exécution des bons de commande (date de livraison, lieu, quantité...) fassent l'objet, selon le cas, de l'établissement d'ordres de services ou d'ordres de livraison.

72.4.5.2. Les cas de recours à la procédure de remise en compétition des titulaires

72.4.5.2.1. Produits dont les prix sont sujets à une forte volatilité

Il s'agit pour l'essentiel des produits faisant l'objet d'une cotation sur un marché organisé : produits pétroliers, papier, matières premières mais aussi denrées alimentaires fraîches.

72.4.5.2.2. Produits à obsolescence rapide

Il s'agit essentiellement des matériels informatiques et bureautiques enregistrant des progrès technologiques permanents permettant une baisse des prix.

Cette hypothèse doit simplement permettre à la personne publique confrontée à une évolution de la gamme des matériels objet du marché de bénéficier au meilleur prix des améliorations apportées par les fabricants dans la limite des spécifications du marché.

En revanche, quand un marché à bons de commande fait référence à une liste de produits déterminés, la fabrication ou l'achat de nouveaux produits non prévus au marché ne peut faire l'objet que d'un nouveau marché.

De même, lorsque la personne publique entend bénéficier d'avancées techniques qui n'existaient pas au moment de la consultation initiale et qui modifient de manière substantielle les prestations, c'est-à-dire qui changent les caractéristiques même du service rendu ou changent le besoin initialement exprimé (par exemple, changement de la nature des prestations), elle doit relancer une consultation pour conclure un nouveau marché.

72.4.5.2.3. Besoins dont la survenance est liée à des situations d'urgence impérieuse ne résultant pas du fait de la personne publique contractante et incompatibles avec les délais d'organisation d'un appel d'offres

Il s'agit d'une situation où les services ne savent pas exactement si le besoin surviendra. En revanche, le déclenchement du besoin nécessitant une réponse rapide en raison d'une situation d'urgence impérieuse, les délais d'organisation d'une consultation sont incompatibles avec cette exigence qui s'impose à la personne publique.

Ici, trois conditions doivent donc être simultanément réunies :

- l'incertitude sur la survenance effective d'un besoin mais donnant lieu à la mise en œuvre de prestations susceptibles d'être parfaitement définies ;
- la nécessité d'une réponse immédiate lorsque le besoin survient : un délai de quelques heures maximum laissé au service acheteur peut fournir une bonne indication du caractère impérieux de la réponse, laquelle doit absolument être incompatible avec l'organisation de l'une des procédures d'urgence prévues par le code ;
- le fait que la situation ne résulte pas de la carence, de l'abstention ou de l'oubli des services relevant de la personne publique.

Ainsi sont susceptibles de rentrer dans cette catégorie les interventions humanitaires ou de secours d'urgence et d'une manière plus générale la mise en sécurité de personnes nécessitant la disponibilité quasi-immédiate de produits ou d'un prestataire.

Dans ce cas, le critère d'attribution du bon de commande après remise en compétition des titulaires sera le prix mais également la disponibilité, le délai d'intervention ou de livraison.

En revanche, la volonté de se prémunir contre l'éventuelle défaillance d'un titulaire ne peut pas justifier le recours au processus de remise en compétition des entreprises. En effet, la défaillance n'est pas un motif prévu au 4° du I de l'article 72.

72.4.5.2.4. Cas particulier des achats liés à une activité de recherche scientifique ou technologique

L'activité de recherche scientifique ou technologique revêt un caractère spécifique. En effet, le déroulement d'une mission de recherche nécessite le recours à des matériels scientifiques répondant à des spécifications particulières ou à des produits scientifiques pour lesquels une même dénomination générique recouvre des réalités très différentes. C'est pourquoi, dérogeant aux principes généraux relatifs à la conclusion et à l'exécution des marchés à bons de commande, l'article 72 fixe les conditions dans lesquelles peuvent être conclus et exécutés de tels marchés afin de répondre aux besoins de l'activité de recherche scientifique ou technologique.

- 72.4.5.2.4.1. Champ d'application du 4° du I de l'article 72

Les dispositions de l'article 72 I 4° d) s'appliquent tant aux services de l'Etat exerçant une mission de recherche scientifique ou technologique qu'aux établissements publics exerçant une telle mission placés sous la tutelle des différents départements ministériels, et notamment à ceux placés sous la tutelle des ministres chargés de l'enseignement supérieur de la recherche et de la technologie.

- 72.4.5.2.4.2. Contenu du cahier des charges initial

Conformément aux dispositions du 4° du I de l'article 72, « le cahier des charges initial » -en l'espèce le cahier des clauses techniques particulières- doit indiquer celles des spécifications ou caractéristiques qui seront susceptibles d'être précisées lors de la remise en concurrence des titulaires, en fonction du déroulement de la mission de recherche.

Il découle de ces dispositions que lors de la remise en concurrence, il ne sera pas possible d'ajouter des spécifications ou d'indiquer de caractéristiques supplémentaires au regard de celles qui auront été mentionnées dans le cahier des charges. Celui-ci doit expressément prévoir celles qui seront susceptibles d'être précisées lors de la remise en concurrence.

Il conviendra donc de prévoir dans le cahier des clauses techniques particulières que les précisions pourront porter sur :

- s'agissant des matériels :

- l'une quelconque des fonctionnalités et/ou des combinaisons indiquées ;

- la donnée mesurable effectivement souhaitée ;

- en ce qui concerne les produits :

- leurs propriétés particulières (description du produit, degré d'impureté, possibilité de réaction, traçabilité...).

- 72.4.5.2.4.3. Motivation des exigences particulières

Le d) du 4° du I de l'article 72 fait obligation à la personne responsable du marché ou à son représentant d'indiquer à chaque titulaire, lors de la remise en concurrence, les motifs qui la conduisent à exiger les caractéristiques techniques qu'elle précise.

Ne saurait être considérée comme motivée la décision indiquant seulement que le besoin exprimé est lié à la mission de recherche scientifique ou technologique d'un service ou d'un établissement. Les motifs invoqués doivent donc être suffisamment explicites. Ils peuvent toutefois prendre la forme d'une référence à :

- l'activité de l'unité pour laquelle le besoin est exprimé lorsque celle-ci est limitée à un champ de recherche précis ;

- la nature de la recherche engagée (en visant notamment le protocole correspondant) lorsque l'activité de l'unité concernée est de caractère plus généraliste ;

- l'expérience précisément effectuée lorsque ceci ne conduit pas à révéler d'informations couvertes par l'un des secrets mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public. Dans le cas contraire en effet, le secret sera invoqué et les motifs devront être consignés dans un registre coté prévu à cet effet. Le bon de commande mentionnera alors que le secret est invoqué.

- 72.4.5.2.4.4. Champ d'application du marché

Ainsi qu'il l'a précédemment été indiqué, les dispositions de l'article 72 ne font pas obstacle à ce que, parallèlement à ces marchés, d'autres acquisitions puissent être effectuées lorsque celles-ci concernent des produits, des travaux ou des services qui, même s'ils sont similaires à ceux prévus par le marché, n'apparaissent pas comme entrant dans la définition de l'objet de ces marchés à raison de leurs caractéristiques propres.

- 72.4.5.2.4.5. Dérogations à l'obligation de remise en compétition pour les seuls achats réalisés pour les besoins du déroulement d'une mission de recherche scientifique ou technologique.

Pour les seuls achats réalisés pour les besoins du déroulement d'une mission de recherche scientifique ou technologique, le code des marchés public prévoit des dérogations à l'obligation de remise en concurrence lors de l'émission des bons de commande. Ces dérogations concernent trois cas :

- Celui des commandes d'un montant inférieur à 610 €HT destinés à satisfaire des besoins occasionnels ou de faible volume ;
- Celui de l'absence d'un produit substituable susceptible d'être fourni par un autre titulaire du marché ;
- Celui des commandes complémentaires effectuées à titre accessoire auprès du fournisseur initial.

Ces trois cas de dispense de remise en compétition peuvent être mis en œuvre dans les limites et conditions précises fixées à l'article 72 du code.

72.4.6. Combinaison de la procédure des marchés à bons de commande avec d'autres procédures prévues par le code des marchés publics

S'agissant des procédures de coordination de marchés, il convient de se reporter aux points 7.5 et 7.6 de la présente instruction.

Lorsque l'acheteur public souhaite recourir à une combinaison des plusieurs modalités de marchés publics, afin d'éviter tout détournement de procédure, il importe de souligner qu'il reste tenu au respect des conditions propres à chacune de ces modalités de marchés. Ainsi, notamment, lorsque le marché comporte une part d'achats à bons de commande, c'est tout le marché qui est limité par la durée maximale de trois ans.

Par ailleurs, compte tenu de l'accroissement de la complexité du marché que peuvent générer ces combinaisons de procédures, l'attention des acheteurs publics est appelée sur la nécessité de bien évaluer les besoins, préalablement au choix de la procédure à mettre en œuvre, et d'apporter la plus grande attention à la préparation du marché.

72.5. Marchés à tranches conditionnelles

72.5.1. Définition

Lorsque la prestation est parfaitement déterminable dans l'ensemble de ses composantes sur la base d'un programme défini en totalité mais que son exécution complète est incertaine pour des motifs d'ordre économique ou financier, le marché peut être fractionné en une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le découpage opéré doit être fonctionnel c'est-à-dire que chaque tranche doit pouvoir satisfaire le besoin exprimé de manière autonome sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affermies.

72.5.2. Eléments constitutifs du marché

Le marché est conclu pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles. La consistance et l'étendue des différentes tranches sont obligatoirement définies dans le marché initial. Chacune des tranches dont l'objet est en relation avec l'opération globale envisagée donne lieu à remise d'un prix et d'un délai d'exécution.

La décision d'affermissement des tranches conditionnelles est prise par la personne responsable du marché et notifiée à l'entreprise. Cette décision unilatérale ne peut comporter d'éléments nouveaux venant modifier le marché initial ; seul un avenant peut adapter le marché dans les limites définies au code des marchés publics (articles 19 et 118).

72.5.3. Durée et étendue du marché

72.5.3.1. Durée

La durée du marché est déterminée en fonction du temps nécessaire à l'exécution de chacune des tranches, ferme et conditionnelles. Il s'agit souvent de marchés pluriannuels.

Les marchés à tranches conditionnelles permettent notamment de lancer une consultation pour la réalisation d'un programme dont le financement total n'est pas encore assuré. Il convient cependant que les crédits soient disponibles pour l'exécution de la tranche ferme et chaque tranche conditionnelle pourra être affermée après obtention des crédits correspondants.

72.5.3.2. Etendue du marché

Le marché est composé de la tranche ferme et des tranches conditionnelles. Toutefois, la personne publique n'est engagée que sur la tranche ferme. Il ne sera engagé sur les tranches conditionnelles que lorsque celles-ci seront affermées. Le fournisseur a lui l'obligation d'exécuter aux conditions du marché initial les tranches conditionnelles au fur et à mesure de leur affermissement.

Le marché fixe les conditions de son exécution. A ce titre, il doit préciser les modalités d'affermissement ou de renoncement à l'affermissement des tranches conditionnelles.

Il doit ainsi notamment indiquer :

- la date limite ou le délai d'affermissement de chacune des tranches conditionnelles ;
- les conséquences de l'absence d'affermissement.

En d'absence de décision d'affermissement d'une tranche conditionnelle, le titulaire est dégagé de toute obligation et le marché est considéré comme achevé. Le titulaire peut percevoir une indemnité de dédit si le marché le prévoit.

En cas de décision de non-affermissement, l'indemnité de dédit prévue au marché est due.

Le marché peut comporter une période d'attente entre la fin prévue d'exécution de la tranche ferme et l'affermissement de la tranche conditionnelle suivante. Dans ce cas, un délai maximal d'affermissement des tranches devra être prévu au marché.

Lorsque l'entreprise, qui a exécuté une première tranche du marché, est amenée à immobiliser du matériel, du personnel ou des installations dans l'attente de la confirmation de la commande de la tranche conditionnelle suivante, une indemnité d'attente doit être prévue au marché et versée au titulaire.

L'affermissement d'une tranche conditionnelle ne nécessite pas la conclusion d'un avenant, une décision écrite, unilatérale de la personne responsable du marché est suffisante ; il s'agit en effet de faire application d'une clause du marché. Toutefois, si l'administration décidait d'apporter des modifications aux prestations définies dans le cadre de la tranche conditionnelle, elle ne pourrait le faire que dans les limites posées par les articles 19 et 118 du code des marchés et en concluant un avenant.

72.5.3.3. Clauses de prix

Les prix fixés dans le marché initial sont soit fixés sur des bases identiques pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles ultérieures, soit comportent pour les tranches conditionnelles des rabais calculés sur la base des prix de la tranche ferme lorsque le marché est conclu à prix unitaires.

Lorsque les prix sont fixés sur des bases identiques, il convient de prévoir une indemnité de dédit en cas de non-affermissement de la tranche conditionnelle. En effet, dans ce cas de figure, l'entreprise a réparti ses charges fixes sur l'ensemble des tranches et doit pouvoir les couvrir d'une manière ou d'une autre.

En tout état de cause, l'entreprise devra être indemnisée à chaque fois que ces prix ont été fixés pour chacune des tranches sur une base identique en répartissant les frais fixes, les amortissements et en calculant les prix obtenus auprès de fournisseurs sur la base d'une commande globale.

Toutefois, le montant de l'indemnité devra dépendre du préjudice réel de l'entreprise. Elle pourra être forfaitisée si ce préjudice est limité à la perte du bénéfice d'une production en série ou à l'amortissement des frais fixes.

Section 2 - Marchés de définition

Article 73

Lorsque la personne publique n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre par le marché, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre, elle peut recourir aux marchés dits de définition.

Ces marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur, le cas échéant au moyen de la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur. Ils doivent également permettre d'estimer le niveau du prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution des prestations.

Les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet, conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément peuvent être attribuées, sans nouvelle mise en compétition, à l'auteur de la solution retenue.

Dans ce cas le montant des prestations à comparer aux seuils tient compte du montant des études de définition et du montant estimé du marché d'exécution.

73.1. Définition

73.1.1. Le marché de définition vise à définir les contours d'un marché à passer

Lorsque la personne publique ne peut établir une définition satisfaisante du marché, elle peut recourir à cette procédure. Cette impossibilité de définition qui dépasse les difficultés techniques inhérentes à la préparation de tout marché peut résulter des incertitudes pesant sur l'un ou l'autre de ces éléments :

- les buts et performances à atteindre ;
- les techniques de base à utiliser ;
- les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre.

Le marché de définition aidera l'administration à lever ces incertitudes et lui permettra d'apprécier la possibilité de passer le marché envisagé ainsi que ses modalités de passation. Elle pourra ainsi disposer de toutes les données techniques nécessaires à cette passation, et notamment les modalités de détermination du prix, le niveau de prix des prestations et leurs différentes phases d'exécution.

L'étude des conditions du marché à passer peut conduire à la réalisation d'une maquette ou au recours à un démonstrateur.

73.1.2. Il se distingue donc de l'appel d'offres sur performances (article 36), du marché de conception-réalisation (article 37) et du concours (article 38)

Le marché de définition ne vise pas en effet à la réalisation des prestations, qui feront l'objet du marché dont la possibilité et les modalités sont définies.

Il se distingue également du concours car il n'est pas limité aux objets visés à l'article 38 et ne nécessite pas l'intervention d'un jury.

73.2. Le marché ultérieur suit, sauf dérogation précise, les règles de droit commun

73.2.1. Le principe

Le marché consécutif à un marché de définition est passé selon les règles de droit commun. L'administration, sachant la passation du marché possible et en connaissant les conditions techniques et les modalités, pourra donc recourir, dans les conditions de droit commun, aux procédures définies par le code.

73.2.2. Possibilité de dérogation

Par exception, l'attribution directe à l'auteur de la solution retenue est possible en cas de pluralité de marchés de définition similaires et simultanés. S'agissant d'une exception aux règles de droit commun imposant publicité et mise en concurrence, elle est d'interprétation stricte.

73.2.2.1. Plusieurs marchés de définition doivent avoir été passés et ils doivent avoir le même objet, c'est-à-dire explorer la possibilité et les conditions d'établissement du même marché.

73.2.2.2. Ils doivent être conclus à l'issue d'une seule procédure. Ces différents marchés de définition ne doivent donc pas correspondre à différentes phases d'étude d'un même projet de marché, mais doivent simultanément porter sur la globalité du projet.

73.2.2.3. Ils doivent être exécutés simultanément. Ils doivent en effet correspondre à l'examen simultané du même projet de marché, et non à des examens successifs se complétant mutuellement.

73.2.2.4. Seul l'auteur de la solution retenue peut se voir attribuer directement la charge de sa réalisation. Ceci implique donc que l'administration compare objectivement les différentes solutions qui lui auront simultanément été remises pour définir les conditions de passation du marché envisagé.

73.2.2.5. L'attribution directe à l'auteur de la solution retenue n'est pas une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence, mais seulement un aménagement. En effet, pour qu'elle soit possible, la passation des marchés de définition doit avoir pris en compte à la fois le montant cumulé de ces marchés et le montant estimé du marché envisagé.

L'attribution directe conduit donc, par dérogation aux règles de droit commun de passation des marchés de définition, à lier dans une même opération les marchés de définition préalables et leur réalisation ultérieure par le biais de la passation d'un marché réalisant la solution retenue.

Cette dernière hypothèse se rapproche donc davantage de l'appel d'offres sur performances et du marché de conception-réalisation, la différence essentielle tenant à la pluralité de marché, ainsi qu'à la sélection de l'attribution du marché subséquent sur la base de l'exécution des marchés préalables.

S'agissant d'une procédure dérivée de la procédure d'appel d'offres, la décision finale d'attribution du marché subséquent appartient à la personne responsable du marché pour l'Etat ou à l'assemblée délibérante pour les collectivités territoriales.

Section 3 - Marchés de maîtrise d'œuvre

Article 74

I - Les marchés sont dits de maîtrise d'œuvre lorsqu'ils 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 mission définis par l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et par le décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour son application.

II - Les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés selon les modalités suivantes.

1° En deçà du seuil de 90 000 € HT, les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent être passés sans formalités préalables ;

2° Lorsque le montant estimé du marché est compris entre 90 000 € HT et 200 000 € HT, la mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens des candidats. La personne responsable du marché, après avis d'un jury tel que défini à l'article 25, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant. La personne responsable du marché engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué par la personne responsable du marché ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante ;

3° Au-delà de 200 000 € HT, la procédure du concours est obligatoire. Ce concours est un concours restreint organisé dans les conditions définies à l'article 71. Le marché est attribué par la personne responsable du marché ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante.

Les candidats ayant remis des études bénéficient d'une prime. L'avis d'appel public à la concurrence indique le montant de cette prime. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis d'appel public à la concurrence et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

La rémunération du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire.

La personne publique n'est pas tenue de recourir au concours de maîtrise d'œuvre dans les cas suivants :

a) Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ;

b) Pour l'attribution d'un marché 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 de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;

d) Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures.

Si la personne publique contractante ne retient pas la procédure du concours, la procédure applicable est, soit celle de l'appel d'offres dont la commission siège en jury tel que défini à l'article 25 soit, si les conditions prévues au 2° du I de l'article 35 sont remplies, la procédure négociée décrite au 2 ci-dessus.

III - Lorsque plusieurs marchés de définition ayant le même objet ont été conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément, il peut être confié, sans nouvelle mise en concurrence, un ou des marchés de maîtrise d'œuvre à l'auteur ou aux auteurs des solutions retenues.

IV - Pour l'extension d'un ouvrage existant, lorsque l'unité architecturale, technique ou paysagère le justifie, le marché de maîtrise d'œuvre peut être attribué sans mise en concurrence à la personne qui a été titulaire du marché initial de maîtrise d'œuvre de cet ouvrage.

74.1. Champ d'application

L'article 74 donne une définition des marchés de maîtrise d'œuvre.

Dans le cadre de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet l'exécution d'un ou plusieurs des huit éléments de mission définis par l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite « loi MOP », précisée par son décret d'application 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.

L'article 7 de la loi MOP prévoit que :

« Le maître de l'ouvrage peut confier 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. »*

Le décret du 29 novembre 1993 détaille le contenu de ces éléments de mission.

Le marché de maîtrise d'œuvre est donc le marché ayant pour objet la réalisation de tout ou partie de ces prestations de services, pour le compte du maître de l'ouvrage et dans le cadre de la réalisation d'une opération de travaux, de réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager.

Il existe deux types de marchés de maîtrise d'œuvre :

- les marchés entrant dans le champ d'application de la loi MOP précitée et de son décret ;
- les marchés n'entrant pas dans le champ d'application de la loi MOP et de son décret mais pour lesquels il a été décidé de s'y soumettre volontairement en se référant à un ensemble d'éléments de mission ou à un élément de mission isolé comme l'OPC (ordonnancement, pilotage, coordination) ou les études de diagnostic ;
- les marchés portant sur des ouvrages n'entrant pas dans le champ de la loi MOP ou sur des opérations d'urbanisme (projets urbains ou paysagers).

Dans tous ces cas, l'article 74 du code des marchés publics s'applique.

Pour la réalisation d'ouvrages entrant dans le champ d'application de la loi MOP et en application de l'article 10 de la loi MOP, les marchés doivent prévoir un engagement sur un coût prévisionnel de réalisation. En conséquence, pour des opérations de bâtiment, ils doivent porter sur la mission de base et pour des opérations d'infrastructures, le choix des éléments de mission doit permettre au maître d'œuvre de s'engager sur un coût prévisionnel. Les marchés de maîtrise d'œuvre portant sur une mission qui ne permet pas au maître d'œuvre de s'engager sur un coût prévisionnel et au maître d'ouvrage de contrôler cet engagement, doivent satisfaire aux conditions prévues au dernier alinéa de l'article 30 du décret susvisé.

74.2. Procédures de passation

74.2.1. Schéma général

La procédure applicable est déterminée sur la base de seuils financiers :

- au-dessous de 90 000 €HT : marché sans formalités préalables ;
- entre 90 000 €HT et 200 000 €HT : procédure négociée spécifique ;
- au-dessus de 200 000 €HT : concours, sous réserve d'exceptions permettant le recours à l'appel d'offres ou à la procédure négociée spécifique.

Ces seuils s'apprécient selon les modalités de droit commun telles qu'elles sont définies par l'article 27.

74.2.2. Le marché sans formalités préalables

Le seuil à partir duquel les marchés de maîtrise d'œuvre doivent être mis en concurrence de manière formalisée correspond au seuil de droit commun du marché sans formalités préalables de l'article 28.

Au-dessous du seuil de 90 000 €HT, les marchés de maîtrise d'œuvre ne sont soumis à aucune obligation de procédure sauf que, dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application de la loi MOP, les marchés doivent obligatoirement faire l'objet d'un contrat écrit, conformément au décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris en application de la loi MOP.

Il est rappelé que la personne publique peut, même en dessous de ce seuil, opter pour une procédure de concours ou de marché négocié.

74.2.3. La procédure négociée spécifique

L'article 74 II 2° définit une procédure négociée spécifique pour les marchés compris entre 90 000 €HT et 200 000 €HT.

La mise en compétition est limitée à l'examen des compétences, références et moyens des candidats. Un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire en application de l'article 40.

Le déroulement de la procédure est identique à celle des marchés négociés à laquelle l'article 74 apporte des aménagements spécifiques.

Un jury identique à celui des concours de maîtrise d'œuvre examine les candidatures suivant les modalités prévues dans l'avis d'appel public à la concurrence, donne un avis et propose une liste de candidats admis à négocier.

La liste est arrêtée par la personne responsable du marché qui engage les négociations avec, au moins, trois candidats (sauf si le nombre de candidatures recevables était insuffisant). A l'issue des négociations, le marché est attribué par la PRM pour l'État, et par l'assemblée délibérante pour les collectivités locales.

74.2.4. Le concours

Le concours est la procédure de droit commun lorsque le montant estimé du marché est supérieur à 200 000 €HT.

C'est un concours restreint décrit à l'article 71, auquel il y a lieu de se reporter.

Les concours de maîtrise d'œuvre sont obligatoirement indemnisés et le montant de la prime doit figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence. Les primes font simplement l'objet de dispositions spécifiques :

- leur montant est fixé au prix estimé des études à effectuer, sous réserve d'un abattement égal au plus à 20 % ;
- elles sont de droit pour les candidats ayant remis une étude.

74.2.5. Les dérogations au concours

74.2.5.1. L'obligation de recourir au concours est assortie des exceptions suivantes.

- Réutilisation ou de réhabilitation d'ouvrages existants :

Dans le cas où l'opération porte à la fois sur la réutilisation ou l'utilisation d'un ouvrage existant, et sur l'extension de cet ouvrage, il convient de prendre en considération la part prépondérante de l'opération pour déterminer si le marché rentre dans cette hypothèse.

- Marché de maîtrise d'œuvre ne confiant aucune mission de conception au titulaire :

Les éléments de conception sont ceux qui sont qualifiés d'éléments d'études dans l'article 7 de la loi MOP, c'est-à-dire les études d'esquisse, d'avant-projet, de projet et d'exécution. En conséquence, en cas de défaillance du concepteur, si le maître d'œuvre appelé à poursuivre le marché n'a pas à réaliser d'études de conception, il pourrait se voir confier sans concours les éléments de mission d'assistance (assistance pour la passation des contrats de travaux, direction de l'exécution du contrat de travaux, ordonnancement, pilotage et coordination du chantier, assistance hors des opérations de réception et pendant l'année de garantie de parfait achèvement).

- Ouvrages d'infrastructures.
- Ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation.

74.2.5.2. Lorsque le concours n'est pas obligatoire, le maître d'ouvrage doit en principe recourir à la procédure de l'appel d'offres.

Le marché sur appel d'offres suit les règles de droit commun. Il y a donc lieu de renvoyer aux articles 33, et 58 à 65. Toutefois la commission d'appel d'offres siège en jury dont la composition est fixée à l'article 25.

74.2.5.3. Le marché négocié peut être utilisé lorsque les conditions décrites au 2° du I de l'article 35 sont remplies, c'est-à-dire lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. Tel peut être le cas, si ces conditions sont remplies, pour les marchés de maîtrise d'œuvre comportant une part de conception. Dans ce cas, la commission d'appel d'offres siège en jury dont la composition est fixée à l'article 25 et qui se prononce selon les règles fixées à l'article 71.

74.3. Utilisation des marchés de définition pour les marchés de maîtrise d'œuvre

Les marchés de définition peuvent être utilisés en vue de la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre selon les règles prévues à l'article 73. Cette formule permet de confier, sans nouvelle mise en concurrence, un ou des marchés de maîtrise d'œuvre à l'auteur, ou aux auteurs, des solutions retenues par l'acheteur public à l'issue de l'exécution d'au moins trois marchés de définition conclus à l'issue d'une seule procédure et

exécutés simultanément. Les collectivités devront justifier des motifs pour lesquels elles recourent à cette procédure.

Il est en outre possible de confier un marché de maîtrise d'œuvre à plusieurs titulaires des marchés de définition. Cette procédure doit être conduite dans le respect des règles générales du code des marchés (détermination de l'objet du marché avant le lancement de la consultation notamment) et des règles propres aux marchés de définition telles que prévues à l'article 73 (obligation de remettre une estimation du niveau des prix des prestations).

Si l'acheteur veut se réserver la possibilité de conclure plusieurs marchés de maîtrise d'œuvre après réalisation des marchés de définition, il est recommandé de procéder à un allotissement des prestations avant le lancement de la procédure de choix des titulaires des marchés de définition et de demander à chaque titulaire des marchés de définition de proposer un prix pour chaque lot. Ainsi le titulaire choisi pour chaque lot sera celui qui aura proposé la meilleure solution pour ce lot.

74.4. Le cas de l'extension d'un ouvrage existant

Par dérogation à l'obligation générale de mise en concurrence, le § IV du présent article prévoit une possibilité d'attribution d'un marché sans mise en concurrence. Le recours à cette procédure dérogatoire devra être apprécié strictement.

74.4.1. La réalisation envisagée doit viser à l'extension d'un ouvrage existant

L'objet principal du marché envisagé doit donc porter sur une opération d'extension d'un ouvrage existant. Il n'est en particulier pas possible d'y adjoindre des travaux distincts visant à la réalisation d'un nouvel ouvrage. De tels travaux devront faire l'objet d'un marché séparé, et seront soumis au principe d'une mise en concurrence.

74.4.2. L'absence de mise en concurrence doit être justifiée par la nécessité d'unité architecturale, technique ou paysagère de cet ouvrage

Pour chaque opération, des impératifs d'unité architecturale, technique ou paysagère doivent justifier le recours au titulaire du marché initial. Toute opération d'extension ne rentre donc pas de plein droit dans l'hypothèse envisagée. Ce n'est que dans le cas où il sera justifié que la cohérence architecturale, technique ou paysagère de l'ouvrage serait remise en cause par un changement de maître d'œuvre que cette procédure pourra être retenue.

74.4.3. Ces nécessités doivent impliquer le recours au titulaire du marché initial

L'absence de mise en concurrence ne peut en effet se justifier que dans la mesure où il ne serait pas possible de changer de prestataire sans porter une atteinte sérieuse à l'unité architecturale, technique ou paysagère de l'ouvrage dont l'extension est envisagée.

La collectivité devra être à même de justifier des motifs pour lesquels elle recourt à cette procédure. Ces motifs devront notamment figurer dans le rapport de présentation prévu à l'article 75 et, s'agissant des collectivités territoriales, dans la délibération de la collectivité autorisant la PRM à recourir à cette procédure.

Le marché ainsi attribué prendra la forme d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Chapitre VI - Achèvement de la procédure

Article 75

Tout projet de marché ou d'avenant, à l'exception des marchés passés sans formalités préalables, fait l'objet d'un rapport de présentation de la personne responsable du marché, qui :

- 1° Définit la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, ainsi que le montant prévu de l'opération ;*
- 2° Expose l'économie générale du marché ou de l'avenant, son déroulement prévu, ainsi que le prix envisagé ;*
- 3° Motive le choix du mode de passation adopté et notamment, le cas échéant, le recours au délai d'urgence ou au marché négocié ;*
- 4° Rend compte du déroulement de la procédure suivie et, le cas échéant, relate le processus de négociation ;*
- 5° Justifie l'introduction, le cas échéant, de critères de sélection des offres non prévus par les dispositions du premier alinéa du II de l'article 53 et motive le choix de l'offre retenue ;*
- 6° Indique le nom des candidats non retenus et les motifs de leur rejet ;*
- 7° Justifie les dérogations éventuellement apportées aux normes et spécifications techniques applicables en France ;*
- 8° Précise, en matière de fournitures, si la fourniture provient d'un pays membre de la Communauté européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce ;*
- 9° Indique, le cas échéant, la part du marché que l'attributaire a l'intention de sous-traiter.*

Ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés.

Le présent article ne fixe pas de modèle de rapport de présentation des marchés et avenants mais il donne la liste des indications qui doivent être portées dans ce document. Ces indications doivent être claires, complètes et détaillées, afin que les autorités de contrôle puissent apprécier de la façon la plus précise possible les caractéristiques du marché et de sa procédure de passation.

Article 76

Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la personne responsable du marché avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres.

La personne responsable du marché communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire.

La personne responsable du marché doit informer également dans les plus brefs délais les candidats des motifs qui l'ont conduit à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

La personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- *serait contraire à la loi ;*
- *serait contraire à l'intérêt public ;*
- *porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ;*
- *pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises.*

L'article 76 impose à la personne responsable du marché d'informer les candidats non retenus du rejet de leur offre ou de sa décision de renoncer au marché et de faire connaître les motifs qui l'ont conduite à ces conclusions.

76.1. Obligation générale de motivation

Cette obligation résulte des principes inscrits dans la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (accès aux documents administratifs), dans la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, et dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Le présent article rappelle que certaines informations sont couvertes par un secret légitime. On peut à cet égard rappeler par analogie que l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 précitée qui a posé le principe d'accès aux documents administratifs, excepte de ce principe plusieurs hypothèses pour des motifs tirés d'un secret légitime à protéger.

76.2. Information du rejet d'une candidature ou d'une offre

76.2.1. L'obligation d'information sur le rejet

Elle doit s'effectuer dès que le choix sur les candidatures ou les offres est intervenu. Toutefois, la personne responsable du marché attendra que le candidat retenu ait fourni les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 pour s'assurer de l'attribution définitive du marché. Dans le cas où les décisions de rejet seraient notifiées avant cette vérification, les soumissionnaires seraient délivrés de leurs engagements et la personne responsable du marché ne pourrait faire appel, en cas de carence du candidat classé en tête, au suivant de la liste.

Bien que le texte ne le précise pas, il est recommandé de donner cette information par écrit.

Un candidat évincé doit avoir la possibilité effective de procéder à un recours contre la décision d'attribution du marché. Les acheteurs publics doivent donc veiller à ce qu'un délai raisonnable (8 jours) s'écoule entre le moment où la décision est portée à la connaissance des candidats et le moment où le marché est signé (Cour de justice des communautés européennes, 28 octobre 1999, Alcatel Austria, aff C-81/98).

76.2.2. L'obligation de communication d'informations aux candidats écartés

Elle joue sur demande écrite d'un candidat non retenu et porte sur les motifs du rejet ainsi que, pour les candidats dont l'offre était conforme, sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le montant du marché et le nom de l'attributaire.

Cette exigence d'écrit est un facteur supplémentaire de transparence. Il est donc conseillé de formuler la réponse par écrit, réponse qui doit être communiquée dans les quinze jours de sa réception.

76.3. Information de la renonciation à passer le marché

76.3.1. L'obligation d'information motivée

Le code n'impose pas de délai précis ; le délai de quinze jours de l'hypothèse précédente pourrait toutefois être considéré comme une référence pertinente, étant précisé qu'il s'apprécie à compter de la décision de renoncer à passer le marché.

Dans tous ces cas, l'administration devra indiquer les motifs l'ayant conduit à renoncer à passer le marché. Cette réponse de la personne publique est écrite si la demande du candidat l'est également. Si elle décide de relancer une procédure elle doit le mentionner aux soumissionnaires sans toutefois donner d'indications susceptibles de les avantager par rapport aux candidats à venir.

76.3.2. L'obligation de motivation écrite sur demande

Elle joue sur demande écrite d'un candidat. La réponse, qui devra également être écrite, n'est pas ensermée dans un délai précis. Par analogie avec l'hypothèse précédente, on peut toutefois estimer qu'un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande constitue une référence pertinente.

Le contenu de la réponse porte sur les motifs de la renonciation à passer le marché, c'est à dire sur ce qui a pu apparaître insatisfaisant à l'administration dans cette procédure ou sur les motifs d'intérêt général qui ont pu la conduire à préférer une autre solution.

De même que précédemment, on peut penser qu'en cas de projet de relance d'une nouvelle procédure, le principe d'égalité des candidats et le nécessaire respect d'une concurrence loyale interdisent à l'administration de donner des informations privilégiées sur cette nouvelle procédure à l'un ou même à tous les candidats à la procédure précédente.

Article 77

Lorsqu'ils relèvent de la compétence d'une commission spécialisée des marchés, les marchés et avenants passés par l'État ne peuvent être signés ni notifiés avant d'avoir été transmis à cette commission et avant que celle-ci ait rendu son avis.

Lorsque la passation d'un marché présente un caractère d'urgence impérieuse ou quand de très courts délais sont imposés à la personne publique, notamment dans le cas d'achats de matières, produits ou marchandises dont les cours évoluent rapidement, la personne responsable du marché peut prendre, dans des conditions fixées par décret, la décision de passer le marché sans saisir la commission.

Les missions, le nombre, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des commissions spécialisées des marchés sont fixés par décret, conformément à l'article 119 du code.

La commission spécialisée des marchés compétente pour connaître du marché doit avoir eu transmission du dossier, et doit avoir rendu son avis sur celui-ci, pour que le marché puisse valablement être signé et notifié. Le non-respect des compétences de contrôle des commissions spécialisées des marchés entache la procédure d'irrégularité.

Des modalités spécifiques sont prévues en cas d'urgence impérieuse ou quand la passation du marché est nécessaire à très bref délai.

Article 78

Après transmission au représentant de l'État des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, ou réception de ces pièces par le représentant de l'État s'agissant des établissements publics de santé, le marché est notifié au titulaire par la personne

responsable du marché.

Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'État.

Le contrôle du représentant de l'État est un préalable nécessaire à la notification de certains marchés. Il est prévu par des textes extérieurs au code des marchés publics, de niveau constitutionnel et législatif. En effet, il résulte de l'article 72 de la constitution et il est précisé par des textes législatifs spécifiques qui définissent les modalités du contrôle de légalité des actes des autorités décentralisées. Il s'agit essentiellement du code général des collectivités territoriales, et du code de la santé publique pour ce qui est des établissements publics de santé.

Il y a donc lieu de renvoyer à ces textes législatifs, ainsi qu'à la jurisprudence qui les a précisés, pour connaître les hypothèses exactes dans lesquelles ce contrôle s'exerce et les modalités selon lesquelles il s'exerce.

On peut brièvement rappeler que sont en principe visés les marchés publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Ces marchés sont soumis à une obligation de transmission qui permet l'exercice par le représentant de l'État du contrôle de légalité, ce qui peut en particulier le conduire à déférer au juge administratif les marchés qu'il juge illégaux. L'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité de ce contrat. Entachés d'illégalité, de tels contrats ne peuvent être régularisés ultérieurement par la seule transmission au préfet de la délibération du conseil municipal (avis du Conseil d'Etat du 10 juin 1996, Préfet de la Côte d'Or).

En outre, aux termes de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, s'agissant des marchés conclus par les communes (L. 3132-1 pour les marchés passés par les conseils généraux et L. 4142-1 pour les marchés passés par les conseils régionaux), le préfet peut assortir son déferé d'une demande de suspension. Il est fait droit par le tribunal à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué par le tribunal dans un délai d'un mois à compter de sa saisine par le préfet.

Jusqu'à ce que le président du tribunal administratif ou un magistrat délégué par lui ait statué, la demande de suspension en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public formulée par le représentant de l'Etat dans les dix jours, à compter de la réception par lui de l'acte, entraîne la suspension de celui-ci. Au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception par le tribunal du déferé, si le juge des référés n'a pas statué, l'acte devient exécutoire.

Article 79

Les marchés doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution.

La notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine. La date de notification est la date de réception du marché par le titulaire.

Le marché prend effet à cette date.

La notification déclenche l'entrée en vigueur du marché.

Les offres des candidats doivent comporter un acte d'engagement signé par le titulaire, conformément aux dispositions de l'article 48. La signature par l'administration du marché parachève l'accord de volonté qui donne naissance au contrat. La notification est l'officialisation de cet accord.

L'exécution de prestations avant la notification du marché sera donc considérée comme réalisée en dehors de tout cadre contractuel régulier.

La notification est faite par la personne responsable du marché ; elle consiste en l'envoi du marché signé au titulaire et s'opère par tout moyen permettant de donner date certaine.

Il est en particulier possible, pour ce faire, de recourir à la lettre recommandée avec accusé de réception, ou encore à la remise contre récépissé.

L'importance de la notification et de la preuve de sa date implique qu'il soit accordé une attention toute particulière à ses modalités. Cette date est celle de la réception par le titulaire.

Il s'agit d'une garantie pour le cocontractant de l'administration. En effet, le contrat entre en vigueur au jour de sa notification, et on ne concevrait pas que cette entrée en vigueur puisse s'opérer avant que le cocontractant n'en soit informé.

De ce principe découle de façon générale qu'aucune dérogation n'est possible à cette règle, et qu'un marché ne peut valablement s'appliquer avant qu'il ait été notifié au titulaire et que celui-ci ait reçu cette notification.

Article 80

La personne responsable du marché envoie pour publication, dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, un avis d'attribution. Les mentions figurant dans cet avis sont précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Les avis d'attribution sont publiés dans les mêmes conditions que les avis d'appel public à la concurrence.

Les avis d'attribution donnent les caractéristiques des marchés conclus par les personnes publiques.

Ils ne correspondent donc pas à la mise en œuvre de l'obligation de publicité préalable, mais plutôt au principe de transparence, qui doit conduire les personnes publiques à indiquer selon les mêmes voies que celles suivies pour la publicité préalable, la conclusion des procédures de marché.

Un arrêté fixe leur contenu c'est à dire les mentions devant y figurer. Ils sont envoyés à publication dans les 30 jours à compter de la notification du marché et suivent les règles applicables aux avis d'appel public à la concurrence déterminées à l'article 40.

Article 81

Les dispositions de l'article 80 ne s'appliquent ni aux marchés sans formalités préalables, ni aux marchés négociés passés sans publicité préalable du fait des exigences de secret ou de protection des intérêts essentiels de l'État.

Pour les marchés mentionnés à l'article 30, la personne responsable du marché adresse un avis d'attribution, mais peut décider de ne pas le publier. Elle transmet cet avis à l'Office des publications officielles des Communautés européennes en indiquant si elle en accepte la publication.

81.1. Dérogation à l'article 80

Par dérogation à l'article 80, l'avis d'attribution n'est pas nécessaire pour les marchés conclus sans formalités préalables en application des articles 28 à 31, ni pour les marchés négociés passés sans publicité préalable du fait des exigences de secret ou de protection des intérêts essentiels de l'État. Cette hypothèse est prévue à l'article 35 § II 2°.

Les raisons qui expliquent l'absence d'obligation de publicité préalable justifient également l'absence d'obligation d'envoyer a posteriori un avis d'attribution.

81.2. Cas particulier des marchés de l'article 30

L'article 30 prévoit que les marchés qui entrent dans son champ d'application sont effectivement soumis à l'obligation d'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint le seuil de l'appel d'offres, soit 130000 €HT pour l'Etat et 200000 €HT pour les collectivités territoriales.

Cette obligation fait toutefois l'objet d'un aménagement dans le présent article, conformément à ce que permet l'article 16 - 3° de la directive 92/50/CEE « marchés publics de services », qui ouvre la possibilité à l'organisme ayant passé un marché de services de la nature de ceux visés à l'article 30 du code, d'indiquer dans l'avis transmis à l'Office des publications officielles des Communautés européennes qu'il n'en accepte pas la publication.

La transmission de l'avis doit indiquer la décision de ne pas le publier. A défaut d'une telle indication, les avis transmis sont publiés selon les règles normales.

Chapitre 7 – Dispositions spécifiques aux marchés des opérateurs de réseaux

Article 82

Les personnes publiques mentionnées à l'article 2 du présent code agissent en tant qu'opérateurs de réseaux lorsqu'elles ont pour activité :

1° La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public ;

2° La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'eau potable, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public.

Relèvent également de cette activité les contrats passés par la même personne publique s'ils ont pour objet :

a) Soit l'évacuation ou le traitement des eaux usées ;

b) Soit des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, à condition qu'au moins 20 % du volume total d'eau produite par ces projets soit destiné au réseau d'eau potable ;

3° La prospection ou l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ;

4° La construction ou l'exploitation des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux ;

5° L'exploitation de réseaux de transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus, autocars ou remontées mécaniques destinés au public ;

6° La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux ouverts au public ou la fourniture au public du service téléphonique conformément aux dispositions des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des

postes et télécommunications.

Pour les collectivités territoriales, l'activité ne concerne que la mise à disposition d'infrastructures de réseaux de télécommunications au sens du 3° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, dans les conditions prévues à l'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales.

Cette activité ne comprend pas les contrats permettant d'assurer des services de télécommunications qui peuvent être offerts par d'autres organismes dans la même aire géographique et dans des conditions similaires.

82. La notion d'opérateur de réseau

Les personnes publiques mentionnées à l'article 2 du présent code entrent également dans le champ d'application de la directive communautaire n° 92-50 relative aux marchés de services, de la directive n° 93-36 relative aux marchés de fournitures, et de la directive n° 93-37 relative aux marchés de travaux. Les dispositions du présent code sont conformes à celles de ces directives.

Toutefois, il convient de rappeler que les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des télécommunications ne sont pas soumis aux dispositions des directives précitées. Deux raisons essentielles justifient cette exclusion. En premier lieu, la mise en place et l'exploitation des réseaux de distribution d'eau potable ou d'électricité, de transport et de télécommunications ne sont pas toujours confiées dans tous les Etats-membres à des entités telles que celles qui sont mentionnées à l'article 2 : ces activités sont souvent exercées par des entreprises publiques ou par des entreprises privées.

En conséquence, la soumission aux directives précitées des marchés conclus dans ces secteurs d'activité aurait eu des effets différents selon les Etats-membres et selon les secteurs d'activité en fonction du statut des entités exploitant ces réseaux, ce qui aurait été contraire à l'objectif même des directives.

En deuxième lieu, un grand nombre des marchés passés pour l'exercice de ces activités portent sur des travaux, des fournitures ou des services d'une complexité certaine, pour lesquels les procédures prévues par les directives précitées ne sont pas toujours parfaitement adaptées.

Ces raisons ont conduit le Conseil des Communautés européennes à adopter en 1990, sur proposition de la Commission européenne, la directive n° 90-531, relative aux marchés de fournitures et de travaux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des télécommunications. Cette directive a été abrogée et remplacée en 1993 par la directive n° 93-38, qui reprend les dispositions de la directive n° 90-531 mais s'applique aussi aux marchés de services.

Cette directive n° 93-38 a un champ d'application plus étendu que celui des directives n° 92-50 (marchés de services), n° 93-36 (marchés de fournitures) et n° 93-37 (marchés de travaux) : elle s'applique d'abord aux marchés de services, de fournitures et de travaux passés par l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes de droit public au sens communautaire lorsqu'ils mettent en place ou exploitent un réseau dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des télécommunications. A la différence des directives précitées, elle s'applique en outre aux marchés passés par les entreprises publiques exerçant les mêmes activités, ainsi qu'aux marchés passés par les entreprises privées exerçant ces mêmes activités en vertu d'un droit exclusif ou spécial (par exemple en vertu d'une concession de service public).

La directive n° 93-38 se différencie par ailleurs des directives n° 92-50, n° 93-36 et n° 93-37 par le fait qu'elle prévoit des procédures moins contraignantes. Elle autorise notamment dans des cas plus nombreux l'utilisation de la procédure négociée.

Cette directive est transposée en droit français par le code des marchés publics pour ce qui concerne les personnes publiques mentionnées à l'article 2 (Etat, établissements publics de l'Etat n'ayant pas un caractère industriel et commercial, collectivités territoriales et établissements publics locaux quel que soit leur caractère).

Elle est transposée par la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 modifiée et son décret d'application n° 93-990 du 3 août 1993 modifié pour ce qui concerne d'une part les entreprises publiques qui ne sont pas mentionnées à l'article 2 du présent code (notamment les établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial et les sociétés d'économie mixte locales), d'autre part les entreprises privées bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux.

L'article 82 définit les cas dans lesquels les personnes publiques mentionnées à l'article 2 agissent en tant qu'opérateurs de réseaux. Trois des six cas envisagés par cet article appellent les observations particulières suivantes.

La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public .

Ce cas concerne notamment les distributeurs non nationalisés d'électricité ayant le statut d'établissement public local ainsi que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux exploitant un réseau de production ou de distribution de chaleur.

La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'eau potable, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public.

Ce cas concerne plus particulièrement les communes et les groupements de communes exploitant en régie leur réseau d'adduction d'eau potable. Ces communes et groupements de communes agissent également en tant qu'opérateurs de réseaux lorsqu'ils exploitent en régie leurs réseaux d'assainissement, à la condition expresse que la commune ou le groupement de communes concerné exploite aussi en régie le réseau d'adduction d'eau potable.

En revanche, dans l'hypothèse où une commune ou un groupement de communes aurait délégué la gestion de son réseau d'adduction d'eau potable, il ne pourrait pas prétendre agir en tant qu'opérateur de réseau lorsqu'il passerait des marchés ayant pour objet l'évacuation ou le traitement des eaux usées. Cette commune ou ce groupement de communes ne pourrait donc pas se fonder sur l'article 84 pour attribuer un marché de services en utilisant la procédure négociée avec publicité préalable dans des circonstances autres que celles prévues à l'article 35.

De même, lorsqu'elles passent des marchés en vue de la réalisation d'un projet de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, les personnes publiques mentionnées à l'article 2 n'agissent en tant qu'opérateur de réseau que si 20% au moins du volume total d'eau produite par ce projet alimente un réseau d'eau potable. Si cette condition n'est pas satisfaite, la personne publique concernée ne peut bénéficier de la faculté donnée par l'article 84.

La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public.

Il convient de noter que les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent mettre en place ou exploiter un tel réseau sont fixées par le code général des collectivités territoriales et le code des postes et télécommunications. Ces collectivités ne peuvent exercer une activité d'opérateur de réseau de télécommunications, et se fonder sur l'article 84 du code des marchés publics pour passer des marchés négociés que dans les limites ainsi fixées par le code général des collectivités territoriales et le code des postes et télécommunications.

Article 83

L'achat de combustibles destinés à la production d'énergie, ou d'énergie, par les personnes publiques exerçant une activité mentionnée au 1 de l'article 82, l'achat d'eau par les producteurs ou les distributeurs d'eau exerçant l'activité mentionnée au 2 de l'article 82, ainsi que les services de transport par autobus ou autocar s'ils sont assurés de manière non exclusive, ne sont soumis à aucune des dispositions du présent code.

83. Marchés des opérateurs de réseaux pouvant être conclus sans aucune procédure

Cet article dispense les opérateurs de réseaux de mettre en œuvre quelque procédure que ce soit pour la passation de certains marchés :

- les marchés ayant pour objet l'achat de combustibles destinés à la production d'énergie ou l'achat d'énergie par les personnes publiques exerçant une activité mentionnée au 1 de l'article 82 (ce cas concerne par exemple les achats d'électricité effectués par des distributeurs non nationalisés pour alimenter des clients "éligibles" au sens de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité),
- les marchés ayant pour objet l'achat d'eau par un producteur ou un exploitant de réseau public d'adduction d'eau potable,
- les marchés conclus en vue de l'exploitation d'un réseau public de transport par autobus ou par autocar, à condition que ce réseau ne bénéficie d'aucune exclusivité. Cette exception est valable pour l'ensemble des réseaux publics, quelle que soit la taille des véhicules utilisés.

Il appartient à la personne responsable du marché d'apporter la preuve que les conditions posées par cet article sont remplies lorsqu'elle souhaite utiliser la faculté donnée par cet article.

Article 84

Les opérateurs de réseaux peuvent passer, quel que soit leur montant, des marchés négociés après publicité préalable pour les prestations de services directement liées à leur activité.

84. Possibilité donnée aux opérateurs de réseaux d'utiliser plus fréquemment la procédure négociée

Conformément aux dispositions de la directive n° 93-38, cet article autorise les personnes publiques mentionnées à l'article 2, lorsqu'elles agissent en tant qu'opérateurs de réseaux, c'est-à-dire lorsqu'elles exercent une des activités énumérées à l'article 82, à passer leurs marchés de services en utilisant la procédure négociée avec publicité préalable. Il convient de noter que cette faculté n'est prévue que pour les marchés de services. De ce fait, même lorsqu'elles agissent comme opérateurs de réseaux, ces personnes ne peuvent utiliser la procédure négociée pour conclure des marchés de fournitures ou de travaux que dans les cas prévus à l'article 35.

Article 85

Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure, après avoir été consulté, d'apporter la preuve que cette aide a été notifiée à la Commission européenne ou a été autorisée par celle-ci. Dans le cas d'un tel rejet, la personne responsable du marché en informe la Commission européenne.

85. Traitement des offres anormalement basses

Cet article relatif au traitement des offres anormalement basses s'applique lorsque la personne publique contractante agit en tant qu'opérateur de réseau, mais son application ne remet pas en cause celle de l'article 55. Dans ces conditions, si une personne publique agissant en tant qu'opérateur de réseau envisage de rejeter

une offre au motif qu'elle lui paraît anormalement basse, et de ce fait peu crédible, elle doit demander par écrit les précisions nécessaires au candidat concerné.

Si les justifications apportées par le candidat tiennent aux procédés de fabrication qu'il envisage d'utiliser, ou aux conditions d'exécution du marché, ou à l'originalité du projet, il appartient à la personne responsable du marché d'en apprécier le bien-fondé et, selon les cas, d'accepter l'offre, ou de la rejeter par une décision motivée.

Dans l'hypothèse où le caractère anormalement bas ou apparemment anormalement bas de l'offre est lié à l'obtention d'une aide publique, il appartient à la personne responsable du marché de demander au candidat d'apporter la preuve que cette aide a été notifiée à la Commission européenne ou autorisée par celle-ci :

- si le candidat apporte cette preuve, l'offre ne peut être rejetée au motif qu'elle est anormalement basse, mais elle peut être rejetée pour d'autres motifs,
- si le candidat n'apporte pas cette preuve, l'offre peut être rejetée au motif qu'elle anormalement basse.

Dans ce dernier cas, la personne responsable du marché informe la Commission européenne de sa décision.

TITRE IV : EXECUTION DES MARCHES

Chapitre 1 - Régime financier

Section 1 - Règlement, avances, acomptes

Article 86

Les marchés donnent lieu à des versements soit à titre d'avances ou d'acomptes, soit à titre de règlement partiel définitif ou de solde, dans les conditions fixées par la présente section.

L'article 86 introduit les notions d'avances, d'acomptes et de règlement partiel définitif développé dans les articles suivants.

Sous-section 1 – Avances

Article 87

I - Une avance dite "avance forfaitaire" est accordée au titulaire du marché lorsque le montant fixé dans le marché est supérieur au seuil de 90 000 € HT.

Pour les marchés fractionnés mentionnés à l'article 72, une avance forfaitaire est accordée pour chaque bon de commande ou pour chaque tranche d'un montant supérieur au seuil des marchés dispensés de formalités préalables. Dans le cas des marchés à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à ce seuil, le marché peut prévoir que l'avance est accordée en une fois sur la base du montant minimum du marché.

La personne responsable du marché peut prévoir dans le marché le versement d'une avance forfaitaire dans les cas où celle-ci n'est pas obligatoire.

Dans tous les cas, le titulaire peut refuser le versement de l'avance forfaitaire.

II - Le montant de l'avance forfaitaire est fixé, sous réserve des dispositions prévues pour les sous-traitants par l'article 115, à 5 % du montant, toutes taxes comprises, des prestations à exécuter

dans les douze premiers mois après la date d'effet de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché, du bon de commande ou de la tranche.

Lorsque la base de calcul de l'avance forfaitaire est constituée par le montant minimum d'un marché à bons de commande, le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions de l'article 115, à 5 % du montant minimum si la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée du marché exprimée en mois.

Le montant de l'avance forfaitaire ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

III - Le remboursement de l'avance forfaitaire, effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire, commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché, du bon de commande ou de la tranche atteint ou dépasse 65 % du montant du marché, du bon de commande ou de la tranche.

Le remboursement doit être terminé lorsque ce pourcentage atteint 80 %.

87.1. Définition de l'avance forfaitaire

L'avance forfaitaire est un versement effectué aux titulaires avant le début d'exécution des marchés. Elle constitue, par là même, une dérogation au principe du service fait.

87.2. Conditions d'octroi de l'avance forfaitaire

Une avance forfaitaire peut être accordée quel que soit le montant du marché et quel que soit son mode de passation.

Une avance forfaitaire doit être accordée lorsque le montant fixé dans le marché dépasse 90 000 € HT. Le code introduit cette obligation pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Elle n'est pas en revanche obligatoire en dessous de ce seuil, quel que soit le type de marché. Corrélativement, cette avance ne peut être versée que si le contrat est écrit.

Dans tous les cas où le versement d'une avance forfaitaire est prévu alors qu'il n'est que facultatif, il est recommandé, dès le lancement de la procédure préalable à la passation du marché, d'appeler l'attention des candidats sur l'avantage financier qui leur est ainsi consenti.

Lorsque le marché donne lieu au versement d'une avance forfaitaire, celle-ci doit être prévue dans une clause de ce marché. Cette clause indique la base de calcul de l'avance si la durée d'exécution du marché est supérieure à douze mois.

87.3. Montant de l'avance forfaitaire

87.3.1. Principe

Le montant de l'avance forfaitaire est fixé à 5% du montant initial du marché lorsque la durée d'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à un an.

Lorsque la durée d'exécution est supérieure à un an, le montant de l'avance est fixé à 5% du montant des prestations à réaliser au cours d'une première tranche de douze mois. Dans ce dernier cas, bien entendu, le montant des prestations à réaliser au cours de la première année, augmenté du montant de l'avance forfaitaire, doit rester dans la limite des crédits disponibles au titre de l'année budgétaire considérée. En tout état de cause, le versement de l'avance forfaitaire est sans incidence si son remboursement intervient avant l'expiration de l'année budgétaire.

Le régime auquel est soumis le marché au regard de l'avance forfaitaire a un caractère définitif et il ne peut être modifié même à l'occasion d'avenants ayant pour effet d'augmenter ou de diminuer le montant du marché.

87.3.2. Application aux marchés à bons de commande

Lorsque la base de calcul de l'avance forfaitaire est constituée par le montant minimum d'un marché à bon de commande, le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions de l'article 115 relatif à la sous-traitance, de la manière suivante :

- si la durée du marché est inférieure ou égale à 12 mois, le montant de l'avance forfaitaire est fixé à 5% du montant minimum

- si la durée du marché est supérieure à 12 mois, le montant de l'avance forfaitaire est égal à :

$\frac{[12 \times \text{montant minimum}]}{\text{durée réelle du marché en mois}} \times 5\%$

Ainsi, pour un marché d'un montant minimal de 100 000 € et d'une durée de validité d'un an et demi, l'avance forfaitaire s'élèvera à :

$$\frac{(12 \times 100.000)}{18 \text{ mois}} \times 5\% = 3.333,33 \text{ €}$$

87.4. Cumul des avances

L'avance forfaitaire est cumulable avec l'avance facultative accordée au titre d'un marché déterminé conformément à l'article 88.

Le montant cumulé des avances, forfaitaires et facultatives, accordées au titre d'un marché peut, à la limite, atteindre 25% du montant initial : 5% au titre de l'avance forfaitaire auxquels s'ajoutent 20% au titre de l'avance facultative.

Dans les deux hypothèses prévues à l'article 88 (cf. infra), le montant cumulé pourra atteindre 65% : 5% au titre de l'avance forfaitaire et 60% au titre de l'avance facultative.

87.5. Contrairement à l'avance facultative, le versement de l'avance forfaitaire n'est pas subordonné à la constitution d'une garantie à première demande

Cependant, si la retenue de garantie prévue au marché est remplacée par une garantie à première demande ou par une caution personnelle et solidaire, l'avance forfaitaire ne peut être mandatée avant que le titulaire ait justifié avoir fourni cette garantie ou cette caution.

Si cette garantie à première demande ou cette caution n'est produite qu'après la notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché, le délai de paiement est compté à partir de la date de remise du document justifiant la constitution de la garantie ou de la caution.

La date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché est la date de notification de l'ordre de service prescrivant le commencement d'exécution des travaux ou des prestations ; si le marché ne prévoit pas un tel ordre de service, cette date est celle de la notification du marché.

Si le titulaire refuse l'avance forfaitaire, cette renonciation n'empêche pas les sous-traitants de demander par l'intermédiaire du titulaire à en bénéficier pour leur part.

87.6. Remboursement de l'avance forfaitaire

Le remboursement de l'avance forfaitaire est effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire. Il commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché, exprimée en prix de

base, atteint ou dépasse 65% du montant initial du marché, du bon de commande ou de la tranche et est terminé lorsque ce taux atteint 80%.

Si le marché ne donne pas lieu à versement d'acomptes et fait l'objet d'un seul règlement, l'avance forfaitaire est récupérée en une seule fois par précompte sur le règlement unique.

87.7 L'avance forfaitaire n'est ni actualisable ni révisable, quelle que soit la forme du prix du marché

Article 88

Une avance facultative peut également être accordée au titulaire d'un marché à raison des opérations préparatoires aux travaux, livraisons de fournitures ou prestations de services qui font l'objet du marché, du bon de commande ou de la tranche.

Cette avance ne peut excéder 20 % du montant fixé dans le marché, du bon de commande ou de la tranche. Cette limite est toutefois portée à 60 % dans les cas ci-après :

1° Dans les cas de menace prévus au titre Ier de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense ainsi que, en dehors de ces cas, pour des périodes de trois mois au plus renouvelables fixées par arrêtés conjoints du ministre intéressé et du ministre chargé de l'économie au profit de titulaires de marchés passés pour les besoins de la défense ;

2° A titre exceptionnel, lorsque le titulaire doit consentir un investissement d'une valeur considérable.

Les conditions de versement de l'avance facultative sont fixées par le marché. Elles ne peuvent être modifiées par avenant.

La personne responsable du marché peut demander toute pièce justificative appropriée.

L'avance facultative ne peut être versée qu'après constitution par le titulaire de la garantie mentionnée à l'article 104.

Elle est remboursée à un rythme fixé par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif, ou de solde.

En plus des avances forfaitaires, les titulaires et leurs sous-traitants peuvent obtenir des avances facultatives. Au même titre que les avances forfaitaires, avec lesquelles elles sont cumulables, ces avances sont accordées en dérogation au principe du service fait.

88.1. Définition de l'avance facultative

L'avance facultative tend à rembourser au titulaire les dépenses qu'il a dû engager pour assurer la préparation du marché. Contrairement aux acomptes, elle ne correspond pas et ne se trouve pas subordonnée à un début d'exécution des prestations.

88.2. Conditions d'octroi de l'avance facultative

L'octroi d'une avance facultative constitue une simple possibilité pour la collectivité publique. Le droit au versement d'une avance facultative est subordonnée à la constitution par le titulaire d'une garantie à première demande.

Les conditions d'octroi de l'avance facultative et les modalités de son versement sont fixées par le marché.

88.3. Montant de l'avance facultative

88.3.1 Taux ordinaire

L'article 88 dispose que l'avance facultative ne peut excéder 20 % du montant fixé dans le marché, du bon de commande ou de la tranche.

88.3.2. Taux dérogatoire

Le taux ordinaire peut être porté à 60 % dans deux cas expressément définis à l'article 88.

- périodes de crise définies par l'ordonnance de 1959 relative à l'organisation de la défense nationale ;
- investissements d'une valeur considérable.

Alors qu'une telle précision est, par définition, superflue pour le premier cas, l'article 88 précise à propos du second, que les avances sont accordées « à titre exceptionnel ».

88.4. Le versement de l'avance facultative est subordonné, contrairement à l'avance forfaitaire, à la constitution d'une garantie à première demande, seule forme de garantie admise en l'espèce compte tenu de l'importance des avances susceptibles d'être accordées.

88.5. Remboursement de l'avance facultative

Les modalités de remboursement de l'avance facultative sont fixées par le marché : elles sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif, ou de solde.

Sous-section 2 – Acomptes

Article 89

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes.

Le montant d'un acompte ne doit en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Ce maximum est ramené à un mois lorsque le titulaire du marché est une petite et moyenne entreprise ou une société coopérative ouvrière de production.

Sont considérées comme des petites et moyennes entreprises, les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaire ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 €. Ne sont pas considérées comme des PME, les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une PME au sens du présent code.

89.1. Définition des acomptes

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations réalisées en cours d'exécution du marché au profit de la collectivité contractante : l'acompte rémunère un service fait.

89.2. Montant des acomptes

Le code ne donne aucune indication sur le montant minimal des acomptes. Il précise en revanche que le montant d'un acompte ne doit pas excéder celui des prestations correspondantes effectivement réalisées au titre du marché.

89.3. Versement des acomptes

Le droit de percevoir des acomptes est reconnu au titulaire d'un marché dès lors que la durée d'exécution du marché est supérieure à trois mois et que les prestations sont commencées. Si le titulaire du marché est une société coopérative ouvrière de production ou une petite ou moyenne entreprise, telle que définie au dernier alinéa de cet article, ce droit est reconnu dès lors que la durée d'exécution du marché dépasse un mois.

La collectivité ne peut en conséquence refuser d'insérer dans le marché une clause de versement d'acomptes lorsque le délai d'exécution prévu au contrat dépasse trois mois (ou un mois si le titulaire est une société coopérative ouvrière de production ou une PME).

A toutes fins utiles, il est précisé que l'article 13 du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) type applicable aux marchés publics de travaux prévoit le versement d'acomptes mensuels.

Dans l'hypothèse où les documents contractuels prévoiraient le versement d'acomptes trimestriels sans envisager le cas particulier d'un titulaire qui serait une petite et moyenne entreprise, il conviendrait que la clause correspondante du marché soit ajustée dans le cadre d'une mise au point.

Toutefois, même si cette mise au point n'avait pas lieu, le comptable public ne serait pas fondé à suspendre le paiement d'un acompte mensuel à une PME titulaire de marché public au seul motif que le marché prévoit le versement d'acomptes trimestriels. Il faudrait, en effet, alors considérer que, dans le silence du contrat sur l'hypothèse d'un titulaire PME, c'est le code des marchés publics qui s'applique. Il suffit alors que l'ordonnateur atteste au comptable public que le titulaire est bien une PME au sens du code des marchés publics pour que les acomptes puissent être versés mensuellement.

89.4. Définition d'une PME au sens du code

L'article 89 donne une définition des PME ; il appartient en conséquence à la personne publique de vérifier que les titulaires qui se présentent comme PME correspondent aux critères indiqués dans le code.

89.5. Les sous-traitants

Ils bénéficient, conformément à l'article 115 du code, du droit au paiement d'acomptes (cf. infra).

Sous-section 3 – Règlement partiel définitif

Article 90

Le règlement partiel définitif est le paiement, non susceptible d'être remis en cause, correspondant à la réalisation complète des prestations prévues par un ou plusieurs lots, tranches ou bons de commande d'un marché.

L'article 90 donne une définition du règlement partiel définitif et appelle l'attention sur le fait qu'il ne saurait être remis en cause.

Puisqu'il n'est pas possible de remettre en cause un paiement partiel définitif, il importe particulièrement que les services de la collectivité contractante, de même que le comptable public, procèdent chacun en ce qui les concerne, à l'ensemble des contrôles qu'ils sont tenus d'exercer : la collectivité publique doit être particulièrement vigilante dans la vérification de l'exécution des prestations et la liquidation. Le comptable public doit, quant à lui, exercer le contrôle de la liquidation de la dépense de manière tout aussi vigilante.

A cet égard, il n'est pas possible de mettre en œuvre, pour un paiement partiel définitif, la procédure de paiement simplifiée, telle qu'elle est prévue pour les acomptes jusqu'à 70% du montant initial du marché (cf. commentaire de l'article 91).

Sous-section 4- Régime des paiements

Article 91

Les règlements d'avances et d'acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs ; leur bénéficiaire en est débiteur jusqu'au règlement final du marché ou, lorsque le marché le prévoit, jusqu'au règlement partiel définitif.

91.1 Remarques générales

Les règlements d'avances et d'acomptes n'ayant pas le caractère de paiements définitifs, il est possible, par exemple, de rectifier, dans le cadre du règlement suivant celui de l'avance ou de l'acompte concerné, une erreur dans l'appréciation du service fait, ou même dans la liquidation.

C'est pourquoi, les acomptes sont réglés dans le cadre de la procédure simplifiée jusqu'à 70% de montant initial du marché toutes taxes comprises.

Le dispositif vise à simplifier le règlement des premiers acomptes sur marchés publics, dans un double souci de rapidité et de sécurité juridique.

91.2. Les justifications à produire

Les justifications à fournir par les entreprises et fournisseurs des collectivités publiques lors du règlement des acomptes à hauteur de 70 % du montant initial du marché toutes taxes comprises sont substantiellement allégées.

Il convient, en premier lieu de citer le marché lui-même, dans lequel, pour des motifs de sécurité juridique, il est préférable d'indiquer le principe énoncé à l'article 91.

Dans ces conditions, les sommes mandatées au titre de ces acomptes sont justifiées au comptable par la production d'un simple certificat administratif de service fait.

Ce document fait apparaître, en sus du montant de l'acompte, le montant de la taxe sur la valeur ajoutée, des révisions de prix, des pénalités et des intérêts moratoires éventuels. S'il comporte des actualisations, des révisions, il est accompagné d'un état liquidatif de ces dernières.

91.3. Paiement des acomptes

Les sommes mandatées au titre du premier acompte au-delà de 70 % du montant du marché T.T.C. sont justifiées par un certificat administratif de service fait ainsi qu'un état liquidatif global des prestations exécutées depuis le début du marché par catégories de prestations à l'intérieur d'un même lot ou d'un même poste.

Il s'agit, en fait, de retarder certaines vérifications au paiement de cet acompte afin de conserver une marge de sécurité raisonnable.

Les sommes mandatées au titre de chacun des acomptes suivants font l'objet d'une vérification exhaustive pour chaque acompte pris séparément.

Article 92

Lorsque le marché comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références utilisées pour l'application de cette clause doit être appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché, 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, la personne publique 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.

Dans un souci de clarté et d'efficacité, le règlement calculé sur la base des valeurs finales prévues au marché ne doit plus intervenir au plus tard à l'issue de chaque période annuelle décomptée à partir de la date de notification du marché mais au plus tard dans les trois mois après la date de parution des valeurs manquantes.

Article 93

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, la personne publique contractante peut, sans attendre la liquidation définitive et si la demande lui est faite, payer au titulaire 80 % au maximum du solde créditeur que fait éventuellement apparaître une liquidation provisoire.

Réciproquement, si la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit de la personne publique, celle-ci peut exiger du titulaire du marché le reversement immédiat de 80 % du montant de ce solde. Toutefois, 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 104.

L'obligation qui résulte pour l'administration de l'alinéa 1^{er} de cet article ne vaut qu'en présence d'un solde créditeur au profit de l'entrepreneur au moment de la liquidation provisoire.

Article 94

Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Cette interdiction est absolue et a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence ; elle vise à interdire à la collectivité publique de contracter un emprunt sous couvert d'une clause de paiement différé contenue dans un marché public. Toutefois, cette interdiction ne vise pas le crédit-bail, admis au titre des opérations de crédit.

En revanche, elle s'applique aux marchés souvent qualifiés par les parties de marchés d'entreprise de travaux publics (METP). Ces marchés, qui comprennent un volet construction ou réhabilitation ainsi qu'un volet maintenance et sont rémunérés dans le cadre d'une redevance ayant pour effet d'étaler pour l'organisme public contractant la charge de l'investissement initial sur plusieurs années, sont désormais totalement interdits, même pour le secteur public local.

Article 95

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif ou à paiement pour solde, doivent être constatées par un écrit dressé par la personne publique contractante ou vérifié et accepté par elle.

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier, sauf à constater que la dérogation concernant les achats par l'Etat de denrées alimentaires n'existe plus.

Article 96

Les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai maximum fixé par voie réglementaire.

Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Un décret précise les modalités d'application du présent article.

Cet article instaure la mise en œuvre d'un délai global de paiement maximum qui se substitue à la notion de délai de mandatement.

Il transpose certaines dispositions de la directive européenne du 29 juin 2000 de lutte contre les retards de paiement.

Ainsi, à défaut d'un accord contractuel entre les parties sur un délai de paiement maximum, un délai supplétif s'impose de droit. Tout dépassement du délai maximum de paiement est sanctionné par le versement d'intérêts moratoires par l'organisme public contractant.

Un décret explique très précisément les conditions d'application de cet article.

Il est nécessaire, en effet, d'une part, de reprendre en les adaptant, des dispositions applicables au délai maximum de mandatement (définition du point de départ du délai global, du point d'arrivée, possibilité de suspension, délai global en cas d'intervention d'un maître d'œuvre...), d'autre part, d'organiser ce nouveau dispositif dans le cadre du principe financier français de la séparation de l'ordonnateur et du comptable.

Une instruction spécifique interviendra pour préciser ces différents points ainsi que l'interprétation du décret à paraître.

Article 97

Dans le cas où les documents contractuels prévoient l'échelonnement dans le temps des phases successives d'exécution et des versements auxquels elles doivent donner lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates ainsi prévues par le contrat.

Même si le marché prévoit l'échelonnement dans le temps des phases d'exécution ainsi que les versements correspondants, l'entreprise ne peut avoir aucun droit à paiement avant les dates ainsi prévues, même si elle a exécuté les prestations en avance sur l'échéancier.

Si tel n'était pas le cas, les prévisions établies par l'organisme public contractant quant au paiement des prestations seraient faussées. Des difficultés de gestion de la trésorerie pourraient alors en résulter.

Article 98

En cas de résiliation du marché, à défaut d'accord entre les parties intervenu dans les six mois à compter de la date de résiliation, la personne publique dispose d'un délai de trois mois pour fixer le montant de l'indemnité de résiliation.

A défaut de décision ou d'accord contractuel à l'issue du délai de trois mois prévu à l'alinéa précédent, des intérêts moratoires, qui seront calculés sur l'indemnité de résiliation restant à fixer, sont acquis de plein droit au titulaire du marché à compter de l'expiration de ce délai jusqu'à la date de la notification de la décision de la personne publique ou de la conclusion d'un accord contractuel enfin intervenu. Le taux et les modalités de calcul applicables à ces intérêts sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget.

L'article 98 s'applique aux collectivités territoriales comme à l'Etat.

A défaut d'accord entre les parties, le montant de l'indemnité de résiliation est fixé par la personne publique. L'intervention de cette décision ne signifie nullement que l'administration s'arroge le droit, de fixer d'une manière définitive et unilatérale, les nouvelles conditions d'exécution du marché ou les bases de résiliation du contrat. Elle a seulement pour objet d'une part, de mettre un terme, lorsque les parties n'ont pu trouver les bases d'un accord, à une situation provisoire qui ne peut se prolonger et d'autre part, d'amener le titulaire, s'il maintient sa position, à saisir le juge du contrat du différend qui l'oppose à l'administration. En définitive et conformément aux principes juridiques régissant la matière, la décision finale appartient au juge du contrat.

Le deuxième alinéa de l'article ouvre au titulaire du marché le droit à des intérêts moratoires dès lors que le délai de trois mois prévu au premier alinéa s'est écoulé sans que soit intervenu l'acte contractuel ou la décision de l'administration.

Section 2 – Garanties

Sous-section 1 - Retenue de garantie

Article 99

Lorsqu'ils comportent un délai de garantie, les marchés peuvent prévoir une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial, augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie.

99.1. Définition de la retenue de garantie

La retenue de garantie est une retenue que l'administration peut opérer sur le règlement des prestations effectuées par le cocontractant en vue de garantir le remboursement des sommes dont le cocontractant pourrait se trouver éventuellement redevable.

99.2. Mode de constitution

La retenue de garantie consiste à bloquer dans les comptes de la personne publique une partie des sommes dues au titulaire du marché pour servir de garantie à l'exécution par celui-ci de ses obligations contractuelles.

La seule fonction de la retenue de garantie est de permettre de remédier aux malfaçons ayant fait l'objet de réserves. La retenue de garantie ne peut être utilisée à d'autres fins.

Ces malfaçons peuvent être relevées dès la réception ou dès qu'elles sont découvertes lors du délai de garantie. Certaines malfaçons ne sont en effet pas détectables à l'achèvement de l'ouvrage et peuvent apparaître a posteriori. C'est d'ailleurs toute la raison d'être d'un délai de garantie

Il n'est pas prévu de dérogation à l'obligation de garantie fixée par le marché.

99.3. Recours à la retenue de garantie

L'institution d'une garantie constitue une simple faculté pour l'administration. En outre, le marché ne peut prévoir de retenue de garantie que s'il comporte un délai de garantie. Par délai de garantie, il faut entendre la période fixée par le marché, le plus souvent de six mois à douze mois, qui suit la réception des travaux ou des fournitures et non pas le délai des garanties techniques prévues notamment dans certains marchés de fournitures qui peut s'étendre sur plusieurs années.

En matière de travaux, l'existence d'un délai de garantie est désormais prévue par l'article 1792-6 du Code civil qui institue une garantie de parfait achèvement.

99.4. Taux de la retenue de garantie

La retenue de garantie est au maximum de 5 % : l'organisme public contractant peut prévoir une retenue de garantie moins élevée s'il le souhaite, mais une retenue de garantie moins élevée constitue une moindre protection de l'acheteur public.

A cet égard, au cas où les défauts de l'ouvrage réalisé seraient considérables au regard de la retenue de garantie, il est conseillé à l'acheteur public de ne pas accepter l'ouvrage, même en émettant des réserves.

Lorsque le montant initial du marché est augmenté, la clause de retenue de garantie prévue au marché s'applique également aux sommes dues au titre de l'avenant (ou des avenants) d'augmentation.

En revanche, il n'est pas appliqué de retenue de garantie aux sommes dues en raison d'une décision de poursuivre permettant de dépasser le montant fixé par le marché.

En effet, la décision de poursuivre ne constitue pas un document contractuel au même titre que le marché ou l'avenant mais résulte d'une demande unilatérale de l'organisme public. Elle ne peut donc pas conduire aux mêmes exigences de garantie que marché et avenant.

La retenue de garantie est prélevée sur les sommes dues au titulaire du marché au titre de chaque acompte et du solde. En effet, le titulaire est responsable de l'ensemble des prestations réalisées au titre du marché, même de celles qu'il a confiées à des sous-traitants. L'affirmation de ce principe fait l'objet de l'article 113.

Ainsi, dès lors qu'une retenue de garantie est prévue, il appartient aux organismes publics de prêter une attention toute particulière et constante au rapport entre le montant des prestations qui doivent être exécutées par le titulaire lui-même et celui des prestations qui doivent être exécutées par des sous-traitants payés directement.

En effet, pour que la retenue de garantie prévue au marché puisse être appliquée au titulaire, encore faut-il que le montant des prestations confiées à celui-ci atteigne au moins le montant de la retenue de garantie.

Article 100

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire.

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 doit être choisi parmi les tiers agréés par le ministre chargé de l'économie ou par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il doit être choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine.

Les personnes responsables du marché conservent la liberté d'accepter ou non les organismes apportant leur garantie.

Cette garantie ou cette caution doit être constituée en totalité au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte. En cas d'avenant, elle doit être complétée dans les mêmes conditions.

Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée, ou complétée, dans ce délai, la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée et le titulaire perd jusqu'à la fin du marché la possibilité de substituer une garantie à première demande ou une caution à la retenue de garantie.

100.1. Conditions de recours à la garantie à première demande ou à la caution aux lieu et place de la retenue de garantie

Le titulaire peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande sans recueillir l'accord de l'administration. En revanche, le recours à une caution personnelle et solidaire aux lieu et place de la retenue de garantie requiert l'accord des deux parties.

L'article 100, même s'il spécifie que ce remplacement s'effectue "au gré du titulaire", n'interdit pas à la collectivité publique contractante de proposer, le cas échéant, au titulaire du marché la substitution d'une garantie à première demande ou d'une caution à la retenue de garantie (cf. commentaire de l'article 99).

Le délai prévu par l'article, durant lequel le remplacement de la retenue de garantie par une garantie à première demande ou une caution est possible, revêt un caractère impératif. A défaut de remplacement, la retenue de garantie s'applique jusqu'à la fin du marché, c'est-à-dire jusqu'à la fin du délai de garantie.

S'agissant des avenants, l'article 100 prévoit que la garantie à première demande ou la caution est complétée dans les mêmes conditions que pour le marché de base. Il en résulte que si la garantie à première demande ou la caution n'est pas actualisée en temps utile, une retenue de garantie doit être prélevée lors du paiement des prestations faisant l'objet de l'avenant.

100.2. Garantie à première demande

100.2.1 Définition

La garantie à première demande est une garantie qui, souscrite par un donneur d'ordre - le titulaire du marché - au profit d'un bénéficiaire - l'administration - doit être exécutée par le garant - établissement bancaire-, dès lors que le bénéficiaire décide de l'appeler.

A la différence de la caution, le garant ne s'engage pas à payer l'intégralité de la dette du titulaire du marché. Par ailleurs, toujours à la différence de la caution, il ne peut opposer aucune exception tirée du contrat de base pour s'exonérer de son obligation de paiement, sauf cas de fraude ou d'abus manifeste.

100.2.2. Constitution de la garantie à première demande

Le titulaire peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande sans l'accord de l'administration.

Le garant peut, en principe, être soit une personne physique soit une personne morale. En pratique, il s'agit d'un établissement de crédit. En application de l'article 100, l'organisme apportant sa garantie « doit être choisi parmi les tiers agréés par le ministre chargé de l'économie ou par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L 612-1 du code monétaire et financier ».

Toutefois, les administrations contractantes conservent leur liberté d'acceptation ou de non-acceptation des organismes apportant leur garantie.

100.3. La caution personnelle et solidaire

100.3.1. Définition

La caution est une « personne qui s'engage envers le créancier, à titre de garantie, à remplir l'obligation du débiteur principal, pour le cas où celui-ci n'y aurait pas lui-même satisfait ».

L'agrément de l'organisme apportant sa caution s'effectue dans les mêmes conditions que celles prévues pour la garantie à première demande.

L'engagement de la caution doit être établi conformément à un modèle établi par le ministère chargé de l'économie.

100.3.2. Recours à la caution

La caution est une garantie de substitution à la retenue de garantie à laquelle il n'est possible de recourir qu'avec l'accord de l'administration.

100.3.3. Portée de la caution

La caution personnelle et solidaire accordée par une banque en remplacement de la retenue de garantie couvre, comme cette retenue, la bonne exécution du marché et le recouvrement de toutes les sommes dont le cocontractant de l'administration est reconnu débiteur, à quel titre que ce soit, en exécution de son marché.

100.4. Commentaire du dernier alinéa de l'article 100

L'article 100 prévoit qu'au cas où la garantie ou la caution ne serait pas constituée, ou complétée, dans le délai prévu, la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée et le titulaire perd jusqu'à la fin du marché la possibilité de substituer une garantie à première demande ou une caution à la retenue de garantie.

Toute la question est donc de savoir ce que signifie « la fin du marché ».

Or, il est clair que l'entrepreneur n'est dégagé de ses obligations contractuelles qu'à l'expiration du délai de garantie. La fin du marché signifie l'expiration du délai de garantie.

Le dernier paiement hors libération de la retenue de garantie ne saurait, en tout état de cause, concrétiser la fin du marché. Autrement dit, il n'est pas possible au titulaire du marché de produire soit au moment de la réception des travaux soit au moment du paiement du solde, une garantie de substitution (garantie à première demande ou caution personnelle et solidaire) afin d'obtenir la libération de la retenue de garantie dès la réception des travaux.

Article 101

La retenue de garantie est remboursée, ou les personnes ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérées au plus tard un mois après l'expiration du délai de garantie.

Si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux personnes ayant accordé leur caution ou leur garantie et si elles n'ont pas été levées avant la date d'expiration du délai de garantie, la retenue de garantie est remboursée ou les personnes libérées au plus tard un mois après la date de leur levée. Dans ce cas, il ne peut être mis fin à l'engagement des personnes susmentionnées que par mainlevée délivrée par la personne publique contractante.

En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon des modalités définies par le décret mentionné à l'article 96.

En cas d'exécution correcte du marché, la libération de l'établissement bancaire ayant accordé sa garantie intervient dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie.

Lorsque le marché n'a pas été correctement exécuté, l'administration peut faire obstacle à la libération des établissements ayant accordé leur garantie en leur notifiant par lettre recommandée, et ce, avant l'expiration du délai de garantie, le maintien de leur engagement. En ce cas, il ne peut être mis fin à cet engagement que par mainlevée délivrée par l'administration contractante.

Si le titulaire du marché n'est pas en mesure, dans le délai prévu au marché ou, à défaut d'une telle clause, du délai accordé par l'acheteur public au moment où il les découvre, de remédier aux malfaçons découvertes avant l'expiration du délai de garantie, une somme égale au montant nécessaire pour procéder aux réparations est prélevée sur la retenue de garantie et acquise à la personne publique contractante.

Le montant de la retenue de garantie est mandaté en même temps que celui de la partie de l'acompte à verser directement au titulaire du marché (ou à son sous-traitant).

La libération tardive de la retenue de garantie en l'absence de malfaçons est sanctionnée par le versement d'intérêts moratoires.

Dans la mesure où des intérêts moratoires sanctionnent le retard de libération de la retenue de garantie, les intérêts moratoires versés pour dépassement du délai de paiement concernant un acompte sont désormais calculés sur le montant de l'acompte diminué de la retenue de garantie.

Les intérêts moratoires courent à compter du jour suivant l'expiration du délai qui, au cas d'espèce, s'achève un mois après la date d'expiration du délai de garantie.

Sous-section 2- Autres garanties

Article 102

En cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire, dans les conditions prévues à l'article 93 du présent code, pour reverser à la personne publique 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celle-ci, le titulaire doit fournir une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, une caution personnelle et solidaire.

En application de l'article 93, si la liquidation provisoire d'un marché, après résiliation totale ou partielle, fait apparaître un solde créditeur au profit de l'administration, celle-ci peut, sans attendre la liquidation définitive, exiger du titulaire du marché le reversement de 80 p 100 du montant de ce solde ; toutefois un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette, sous réserve que celui-ci fournisse une garantie à première demande, ou si les deux parties en sont d'accord, une caution personnelle et solidaire.

Article 103

Les cahiers des charges déterminent, s'il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées aux titulaires de marchés pour l'exécution d'un engagement particulier.

Les CCAG prévoient différents événements pour lesquels les titulaires garantissent l'administration contre les revendications des tiers, sans pour autant préciser la nature des garanties mises en œuvre à cet effet.

Ainsi en est-il notamment des articles 28 et 27 A-B-C des CCAG applicables respectivement aux marchés industriels et aux marchés de prestations intellectuelles relatifs aux garanties contre les revendications concernant les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle. Par ailleurs, le CCAG Travaux mentionne différents cas où le titulaire doit prendre en charge, en tout ou partie, les conséquences de dégradations causées aux voies publiques et, de façon plus générale, les dommages divers causés par la conduite des travaux ou les modalités de leur exécution.

Article 104

Le titulaire d'un marché ne peut recevoir l'avance facultative prévue par l'article 88 du présent code, qu'après avoir constitué une garantie à première demande l'engageant à rembourser, s'il y a lieu, le montant de l'avance consentie.

Dans le cas des marchés passés pour les besoins de la défense, l'obligation de constituer cette garantie peut être supprimée ou aménagée par un arrêté conjoint du ministre concerné et du ministre chargé de l'économie.

Compte tenu de l'importance des avances susceptibles d'être accordées, l'article 88 du code prévoit que le titulaire d'un marché ne peut recevoir l'avance facultative qu'après avoir constitué une garantie à première demande.

Article 105

Les collectivités territoriales peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, d'une caution personnelle et solidaire pour tout ou partie du remboursement d'une avance forfaitaire. Dans ce cas, l'avance ne peut être mandatée qu'après constitution de la garantie ou de la caution.

A la différence du régime applicable aux marchés de l'Etat, les collectivités territoriales peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande ou si les deux parties en sont d'accord, d'une caution personnelle et solidaire, garantissant tout ou partie du remboursement de l'avance forfaitaire et ce, même pour des marchés ne comportant pas de délai de garantie.

Section 3 - Financement

Sous-section 1 - Cession ou nantissement des créances résultant des marchés

Article 106

I - La personne responsable du marché remet au titulaire une copie certifiée conforme de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, par elle, 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.

L'exemplaire unique doit être remis par l'organisme bénéficiaire au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Lorsque le secret exigé pour la défense fait obstacle à la remise au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de la copie certifiée conforme du marché, l'autorité avec laquelle le titulaire du marché a traité lui délivre un exemplaire unique ne contenant que les indications compatibles avec le secret. Le titulaire peut, pour toute autre cause, demander que l'exemplaire unique 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, la personne publique contractante annoté la copie certifiée conforme d'une mention constatant la modification.

Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, la personne responsable du marché doit fournir autant d'exemplaires que de comptables à la condition de spécifier, dans une mention apposée sur chacun de ces documents, qu'il est destiné à être remis entre les mains de tel comptable expressément désigné à l'exclusion de tous autres mentionnés au marché. Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance encaisse seul, à compter de cette notification, le montant de la créance ou de la part de créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Au cas où 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, le titulaire indique dans le marché la nature et le montant des prestations qu'il envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant, dans les conditions prévues à l'article 115 du présent code, du paiement direct. Ce montant est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire est autorisé à céder ou à donner en nantissement.

II - 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 dans les formes fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 313-35. Elle doit reproduire les mentions obligatoires du bordereau prévu à l'article L. 313-23.

La mainlevée de la notification de la cession ou du nantissement de créance prend effet le deuxième jour ouvrable suivant celui de la réception par le comptable de la notification l'en informant.

106.1. Définition générale

Lorsqu'une entreprise, de par sa situation de trésorerie négative, ne peut couvrir la totalité de ses besoins en fond de roulement, elle doit solliciter un concours bancaire. Lorsque les besoins de l'entreprise sont à la fois de courte durée et de faible ampleur ils seront en général couverts par une facilité de caisse ou une autorisation de découvert. En revanche, lorsque les besoins de l'entreprise deviennent permanents ou sont de forte ampleur, le banquier cherche généralement à couvrir son risque par une garantie.

La technique la plus fréquemment utilisée est dans ce cas la cession de créances qui permet à l'entreprise d'obtenir le crédit qui lui est nécessaire en cédant à son banquier des créances qu'il détient. Cette technique, lorsqu'elle porte sur des créances publiques, obéit à des modalités spécifiques, même si elle est mise en œuvre dans le cadre de la loi « Dailly » du 2 janvier 1981 modifiée.

Le système de l'exemplaire unique décrit dans cet article et les articles suivants visent à éviter d'une part, que la même créance soit cédée ou nantie deux ou plusieurs fois, partiellement ou en totalité, d'autre part qu'une entreprise ait la possibilité de céder (ou nantir) la créance d'une autre.

Il importe particulièrement, dans l'intérêt des entreprises elles-mêmes, dans celui de leurs cessionnaires et afin d'éviter des situations particulièrement délicates tant aux organismes publics qu'à leurs comptables que les cocontractants publics prêtent la plus grande attention à la gestion du dispositif.

106.2. Procédure

Elle peut être résumée comme suit :

106.2.1. L'organisme public contractant remet un exemplaire du marché dit « exemplaire unique » au titulaire du marché.

Cet exemplaire unique est une copie certifiée conforme du marché (acte d'engagement et cahier des clauses administratives particulières) revêtue de la mention d'exemplaire unique signée par l'autorité contractante.

La formule d'exemplaire unique est la suivante : « Copie certifiée conforme à l'original délivrée en unique exemplaire pour être remise en cas de cession ou de nantissement de créances ».

106.2.2. Le titulaire du marché, s'il décide de céder sa créance relative au marché à une banque ou à une autre entreprise, remet cet exemplaire unique à son cessionnaire.

106.2.3. Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant.

106.2.4. Le cessionnaire fait parvenir l'exemplaire unique au comptable assignataire.

106.3. La délivrance de l'exemplaire unique au titulaire du marché

106.3.1. Généralités

La délivrance d'un exemplaire unique est obligatoire pour permettre la cession des créances correspondant au marché. Toutefois, aucun exemplaire unique n'est délivré dans le cas des marchés passés sans formalités préalables.

La mention d'exemplaire unique indique le montant des prestations que le titulaire n'envisage pas de confier à des sous-traitants susceptibles de bénéficier du paiement direct, ce montant correspondant au maximum de la créance que le titulaire est autorisé à céder ou à nantir.

En cas de sous-traitance donnant lieu à paiement direct, la mention d'exemplaire unique est complétée par : « en ce qui concerne la partie des prestations évaluées à [montant exprimé en lettres] euros et que le titulaire n'envisage pas de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct ».

106.3.2. Il convient d'être particulièrement vigilant dans la délivrance et le suivi de l'exemplaire unique du titulaire dans les cas suivants :

106.3.2.1. D'une manière générale, cas de la sous-traitance

Lorsque le titulaire décide finalement d'exécuter lui-même davantage ou moins de prestations, l'acheteur public doit récupérer son exemplaire unique pour l'annoter.

Si les prestations qu'il exécute sont plus importantes que prévu et que l'exemplaire unique initial ne peut être récupéré, un exemplaire unique « complémentaire » lui est délivré.

En revanche, il n'est pas possible de permettre au titulaire de confier davantage à un sous-traitant payé directement (ou de prendre un sous-traitant supplémentaire payé directement) si son exemplaire unique n'a pu être récupéré pour être annoté à moins :

- qu'il produise un certificat de son cessionnaire attestant que les cessions qu'il lui a consenties au titre de ce marché ne font pas obstacle au paiement direct du sous-traitant ;

- qu'il fournisse une mainlevée de son cessionnaire à hauteur des sommes dont il augmente la sous-traitance.

Dans l'hypothèse où l'augmentation des prestations confiées au sous-traitant correspondrait à une augmentation de la masse initiale des prestations prévues au marché, l'exemplaire unique du titulaire ne devrait pas être récupéré puisque aucun changement n'interviendrait dans le montant des prestations qu'il exécute.

106.3.2.2. Marché fractionné

Dans le cas d'un marché à tranches conditionnelles, le montant indiqué dans la mention d'exemplaire unique correspond au montant global de l'ensemble des tranches. En effet, puisqu'il s'agit d'un même marché, l'exemplaire unique délivré vaut à la fois pour la tranche ferme et la ou les tranches conditionnelles.

Il en va de même dans le cas de marchés à bons de commande.

Toutefois, il est admis, pour les marchés à bons de commande, de délivrer soit un exemplaire unique valable pour l'ensemble des commandes à passer jusqu'au montant maximum ou, à l'inverse, un exemplaire unique par bon de commande ou pour plusieurs bons individualisés, le titulaire choisissant la formule qui lui convient le mieux.

A cet égard, dans l'hypothèse d'un marché à bons de commande passé avec plusieurs titulaires non groupés, cette deuxième solution permet d'individualiser les prestations relevant de chacune des entreprises concernées.

106.3.2.3. Marché exécuté par un groupement d'entreprises

- Dans le cas d'un groupement conjoint

Dans la mesure où les prestations exécutées par chacune des entreprises sont individualisées dans le marché et où les règlements sont effectués directement au compte ouvert au nom de chacun d'eux, il convient de délivrer à chacune des entreprises composant le marché un exemplaire unique limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

- Dans le cas d'un groupement solidaire

Dès lors que les prestations réalisées par les entreprises composant le groupement ne sont pas individualisées et qu'elles sont payées sur un compte unique ouvert au nom du groupement, il convient de délivrer l'exemplaire unique au nom du groupement.

Si, en revanche, les prestations sont individualisées et les règlements sont effectués au nom de chacune des entreprises composant le groupement, un exemplaire unique est délivré à chaque entreprise correspondant à la part des prestations qu'elle exécute.

Cependant, s'il y a lieu, en cours d'exécution du marché, de procéder à une répartition des prestations et de ne plus payer les entreprises sur le compte unique (par exemple si l'une des entreprises fait l'objet d'un avis à tiers détenteur), il est nécessaire de récupérer l'exemplaire unique initialement délivré et de délivrer à chacune des entreprises du groupement un exemplaire unique limité au montant des prestations qu'elle doit exécuter.

Au cas où l'exemplaire unique ne pourrait être restitué, par exemple parce qu'il est entre les mains du comptable assignataire, une cession lui ayant été notifiée, il n'est pas possible de délivrer à chacune des entreprises un nouvel exemplaire unique limité tant qu'une mainlevée à hauteur des sommes correspondant aux prestations restant à exécuter n'a pas été produite.

Pour limiter, en cas de cotraitance, l'exemplaire unique délivré à une entreprise aux seules prestations qu'elle exécute, la mention d'exemplaire unique ci-dessus est complétée par « en ce qui concerne la partie des prestations évaluées à [montant exprimé en lettres] euros (somme portée au marché) et devant être exécutée par [nom ou raison sociale du co-traitant] ».

106.4. Les cessions (ou nantissements)

Pour que ce dispositif de prévention soit opérationnel, il doit nécessairement s'appliquer à toute cession (ou tout nantissement) quelle qu'en soit la nature, dès lors qu'elle porte sur un marché public.

Les cessions les plus fréquentes sont celles issues de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 modifiée, dite loi « Dailly », dont les dispositions sont désormais reprises dans le code monétaire et financier.

Dans ce cadre, la cession ou le nantissement de créances résultant de l'exécution de marchés s'effectue par bordereau dénommé acte de cession ou acte de nantissement de créances remis par le titulaire du marché à l'établissement de crédit cessionnaire.

Une créance relative à un marché public peut tout aussi valablement faire l'objet d'une cession de droit commun, auprès d'une autre entreprise, par exemple.

106.5. La notification

Pour tous les organismes dotés d'un comptable public, la notification doit obligatoirement, comme toute opposition, être faite entre les mains de ce comptable.

C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'annoter l'exemplaire unique en cas de modification du comptable : le cessionnaire éventuel doit savoir à qui notifier la cession.

La cession est notifiée dans les formes requises par le type de cession utilisé : lettre recommandée avec avis de réception postal pour la cession « Dailly », désormais visée par le code monétaire et financier, signification par acte d'huissier pour la cession de droit commun.

L'article 313-27 du code monétaire et financier prévoit que la cession ou le nantissement « Dailly » prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau.

106.6. Le paiement

L'exemplaire unique doit être produit au comptable public afin qu'il puisse désintéresser le cessionnaire. Faute de cette production, il n'y a guère qu'une décision de justice permettra de dénouer la situation.

En effet, lorsqu'un cessionnaire ne peut produire l'exemplaire unique correspondant à la cession qui lui est consentie, le risque est grand pour que cet exemplaire unique ait déjà été remis à un tiers dans le cadre d'une cession de la même créance.

C'est la raison pour laquelle l'exemplaire unique figure à titre de pièce justificative du paiement dans la liste annexée au décret n° 83-16 du 16 janvier 1983 modifié.

Cela étant, l'exemplaire unique n'est pas obligatoirement joint à la notification de la cession. Il suffit qu'il lui ait été transmis lorsque l'ordonnateur lui fait parvenir le mandat un paiement portant sur la créance cédée.

Toutefois, afin de ne pas retarder les paiements, il est recommandé au cessionnaire de joindre à la notification de la cession ou du nantissement de créances l'exemplaire unique du marché que le cédant lui aura remis.

Les mandatements sont faits à l'ordre du titulaire du marché.

Après notification de la cession (ou du nantissement), les paiements sont effectués par le comptable au seul profit du cessionnaire (ou du titulaire du nantissement) pour le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Les paiements sont valablement effectués par le comptable public au titulaire du marché entre la date du bordereau et celle de sa notification.

Article 107

La notification au comptable assignataire de la transmission, par le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance, de tout ou partie de sa créance sur le titulaire d'un marché est effectuée dans les conditions prévues à l'article 106.

Le bénéficiaire de la transmission encaisse seul, à compter de cette notification, la part de la créance transmise.

Le cessionnaire ou le bénéficiaire d'un nantissement peut transmettre à un tiers tout ou partie de la créance qu'il détient sur le titulaire du marché, qu'il s'agisse d'une cession ou d'un nantissement issu de la loi « Dailly » ou d'une cession ou d'un nantissement de droit commun.

Une cession (ou un nantissement) « Dailly » se transmet par voie d'endos total ou partiel du bordereau de cession ou de nantissement.

La transmission est portée à la connaissance du comptable assignataire de la dépense par le bénéficiaire de la transmission selon les mêmes formes que la notification de la cession ou du nantissement (lettre recommandée avec avis de réception postal ou tout autre moyen permettant de donner date certaine -téléx...- pour la cession « Dailly », signification d'huissier pour la cession de droit commun).

Pour la cession « Dailly », la notification doit faire mention de l'endos.

La notification de la transmission doit reprendre toutes les mentions utiles à la notification de la créance cédée ou nantie concernée.

Pour la cession « Dailly », ces mentions sont celles qui figurent à l'annexe III du décret du 9 septembre 1981 modifié par le décret du 3 décembre 1985.

Article 108

Les bénéficiaires de nantissements ou cessions de créances ou de transmissions peuvent, au cours de l'exécution du marché, requérir de l'administration compétente soit un état sommaire des prestations effectuées, appuyé d'une évaluation qui n'engage pas la personne publique, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché; ils peuvent requérir, 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.

Les mêmes bénéficiaires peuvent requérir du comptable un état détaillé des oppositions reçues par lui en ce qui concerne ce marché.

S'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, la personne désignée dans le marché est tenue de les aviser, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui affectent la garantie résultant du nantissement ou de la cession.

Ils ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

Article 109

Les droits des bénéficiaires des nantissements ou des transmissions mentionnées à l'article 108 ne sont primés que par les privilèges suivants :

- le privilège des frais de justice ;

- le privilège relatif au paiement des salaires et de l'indemnité de congés payés en cas de faillite ou de règlement judiciaire institué par les articles L. 143-10 et L. 143-11 du code du travail ;

- le privilège résultant, au profit des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, de l'article L. 143-6 du code du travail ;

- les privilèges conférés au Trésor par les lois en vigueur ;

- le privilège conféré aux propriétaires des terrains occupés pour cause de travaux publics par la loi du 29 décembre 1892 sur les dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics.

Les nantissements sont primés par les privilèges dont le rang est fixé par l'article 109.

Le Conseil d'Etat a rendu, le 9 juillet 1996, un avis relatif à l'exercice du privilège dit « de Pluviôse ».

Le privilège de Pluviôse, qui résulte des dispositions de l'article L. 143-6 du code du travail, confère aux fournisseurs d'entrepreneurs « de tous travaux ayant le caractère de travaux publics » un droit de paiement préférentiel sur tout autre créancier à raison des créances qu'ils détiennent sur lesdites entreprises au titre des fournitures et matériaux qu'ils apportent pour l'exécution du marché public.

Le Conseil d'Etat, qui s'est prononcé sur les modalités d'exercice du privilège de Pluviôse, a abouti aux conclusions suivantes.

1. La revendication du privilège par le fournisseur vise, dans un premier temps, à empêcher la personne publique de se dessaisir des fonds et, par la suite, à en obtenir le paiement en lieu et place de l'entreprise titulaire de « tous travaux ayant le caractère de travaux publics ».

2. Le comptable public assignataire des paiements n'est pas chargé de veiller au respect du privilège. C'est au fournisseur qu'il appartient d'assurer l'efficacité de son privilège en engageant des mesures conservatoires qui, seules, interdiront au comptable public, auquel elles seront notifiées dans le respect de la réglementation en vigueur, de se dessaisir des fonds, ou des mesures d'exécution qui, seules, lui permettront de payer le fournisseur. Il en résulte que, seule, une saisie conservatoire a pour effet d'interdire au comptable public de se dessaisir des fonds, une saisie-attribution autorise et oblige le comptable public à payer le fournisseur privilégié.

Par exception, et en l'absence de toute mesure conservatoire ou d'exécution, le comptable peut toutefois se dessaisir des fonds, dans le cadre d'une procédure amiable, au cas où les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :

1. les fonds dus au titre du marché suffisent à désintéresser le fournisseur et les tiers saisissants éventuels,
2. un accord écrit entre l'entrepreneur et son fournisseur, substituant ce dernier au premier en qualité de créancier, est adressé au comptable.

Article 110

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L. 143-6 du code du travail sont ceux qui ont été agréés par la personne publique contractante, dans des conditions fixées par décret.

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.

L'agrément donné au fournisseur concerné importe particulièrement dans la mesure où il lui permet, s'il n'est pas payé par l'entreprise (titulaire du marché ou sous-traitant payé directement) qui lui a commandé les matériaux, d'être, désintéressé des sommes qui lui sont dues par préférence au titulaire d'un nantissement.

Le fournisseur susceptible de se prévaloir du privilège de Pluviôse pour bénéficier d'une telle préférence doit avoir été agréé par la personne publique elle-même dans des conditions fixées par décret.

En effet, la personne publique qui a passé le marché est, plus que quiconque, à même de s'assurer que les matériaux fournis par tel fournisseur ont bien été utilisés dans le cadre de ce marché.

Sous-section 2 - Intervention du Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises

Article 111

En vue de faciliter le financement des commandes publiques, le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises peut procéder à des paiements à titre d'avances et à des crédits de trésorerie au bénéfice des titulaires des marchés, travaux sur mémoire et achats sur factures soumis aux dispositions du présent code ou au bénéfice de leurs sous-traitants ayant droit au paiement direct.

A ce titre il peut obtenir de la personne publique contractante toute pièce justificative validant l'existence de la créance financée.

Lorsque le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises avise la personne publique contractante qu'il a l'intention d'intervenir au profit du titulaire, l'ordonnateur lui notifie sur sa demande, en même temps et dans les mêmes formes qu'au titulaire, toute lettre suspendant les délais de paiement.

L'article 111 pose le principe de l'intervention du CEPME et en décrit les modalités pour autant qu'elles concernent l'acheteur public.

Chapitre 2 - Dispositions relatives à la sous-traitance

Article 112

Le titulaire d'un marché public de travaux ou d'un marché public de services peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la personne publique contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Les conditions d'acceptations des sous-traitants et l'agrément de ses conditions de paiement constituent des obligations prévues par l'article 3 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance.

Les modalités d'acceptation des sous-traitants et d'agrément des conditions de paiement sont explicitées à l'article 114 du présent code.

Le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier tend à moderniser les garanties offertes aux sous-traitants. Il modifie dans cet objectif la loi du 31 décembre 1975 sur plusieurs points :

- *dans un souci de clarification, la rédaction de l'article 1^{er} est précisée afin d'interdire clairement la sous-traitance totale ;*
- *le mécanisme du paiement direct est limité aux sous-traitants de premier rang ; en revanche, le paiement des sous-traitants de deuxième rang ou plus sera désormais garanti par le mécanisme de la caution prévue à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975*
- *l'obligation du soumissionnaire à un marché public de déclarer à l'acheteur public la totalité des sous-traitants auxquels il entend recourir ; cette obligation est également mise en place en cas de recrutement de sous-traitants en cours d'exécution de marché.*

Article 113

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

L'article 113 rappelle expressément le principe de responsabilité du titulaire pour l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, même celles qui sont le fait de sous-traitants.

Article 114

L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être demandés dans les conditions suivantes :

1° Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment de l'offre ou de la proposition, le candidat doit fournir à la personne publique contractante une déclaration mentionnant :

- a) La nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ;*
- b) Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;*
- c) Le montant prévisionnel des sommes à payer directement 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) Si la personne publique le demande, les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

Il doit lui remettre également une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

2° Dans le cas où la demande est présentée après la conclusion du marché, le titulaire de celui-ci remet contre récépissé à la personne publique contractante ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration spéciale contenant les renseignements mentionnés au 1 du présent article.

Le titulaire doit en outre établir qu'une cession ou un nantissement de créances résultant du marché ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 116, en produisant soit l'exemplaire unique du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances.

3° Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché, il doit obtenir la modification de l'exemplaire unique prévu à l'article 106 du présent code.

Si cet exemplaire a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire doit justifier, soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché 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.

La personne publique contractante ne peut pas accepter un sous-traitant et agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique 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, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires.

4° Le silence de la personne publique contractante 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.

5° L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par le marché ou par un acte spécial signé des deux parties.

Y sont précisés :

- la nature des prestations sous-traitées ;*
- le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant ;*
- le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant ;*
- les modalités de règlement de ces sommes.*

Parmi les renseignements qu'un organisme public est autorisé à demander pour ce qui concerne un sous-traitant potentiel figurent désormais les renseignements relatifs aux capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

En effet, l'organisme public contractant peut, malgré le principe de responsabilité du titulaire du marché pour l'ensemble du marché, refuser d'admettre l'intervention d'un sous-traitant qui n'aurait pas les qualifications nécessaires ou ne pourrait, pour cause de faillite, assumer jusqu'au bout les prestations qu'il doit exécuter.

Cet article insiste sur les conditions de mise en œuvre du dispositif de l'exemplaire unique en cas de sous-traitance et les clarifie, afin d'éviter les erreurs et les chevauchements de cessions ou de nantissements.

Ainsi, il précise que, pour toute demande d'acceptation d'un sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement, le titulaire doit prouver que le paiement direct de ce sous-traitant sera possible, autrement dit, qu'il n'a pas déjà cédé ou nanti la part de la créance correspondante.

Le titulaire est en mesure d'apporter cette preuve en produisant :

- l'exemplaire unique du marché qui lui a été délivré. En effet, si cet exemplaire est toujours en sa possession, c'est qu'il n'a procédé à aucune cession ou aucun nantissement. Dans le cas contraire, il aurait dû le remettre au cessionnaire ou au titulaire du nantissement. A cet égard, il est souligné que, dans leur propre intérêt, cessionnaires et titulaires de nantissement ne sauraient donner suite à aucune demande de financement par un fournisseur ou un entrepreneur au titre d'un marché public formalisé si ce fournisseur ou cet entrepreneur ne leur remet pas l'exemplaire unique.

- une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement certifiant que le montant de cette cession ou de ce nantissement est tel qu'il ne remet pas en cause la possibilité de payer le sous-traitant. Par exemple, pour un marché de 100 000 € une cession de 50 000 € ne fait pas obstacle au paiement d'un sous-traitant à qui des prestations de 10 000 € seraient confiées.

- une mainlevée du cessionnaire ou du titulaire du nantissement permettant de régler le sous-traitant.

Ainsi, pour un marché de 100 000 € ayant donné lieu à une cession d'un montant de 90 000 € par le titulaire, il n'est possible de confier à un sous-traitant des prestations d'un montant de 20 000 € que si le cessionnaire fournit une mainlevée pour 10 000 €.

Cet article pose l'interdiction absolue pour la personne publique contractante d'accepter un sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement si le titulaire n'a pas apporté la preuve, dans les conditions indiquées supra, que le paiement direct de ce sous-traitant sera possible.

Compte tenu des difficultés qui ont pu être rencontrées au niveau local, cette interdiction est désormais formalisée dans le souci de responsabiliser les acheteurs publics.

L'alinéa qui la suit complète cette interdiction en posant l'obligation d'un suivi global des exemplaires uniques dans le cadre du marché.

En effet, ainsi que le précise, par ailleurs, l'article 117, tout sous-traitant payé directement a le droit de céder ou de nantir la créance correspondant aux prestations qu'il exécute et doit recevoir un exemplaire unique correspondant.

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 correspondant (ou des exemplaires uniques correspondants, lorsque plusieurs entreprises sont concernées).

Si la modification nécessaire de l'exemplaire unique (ou des exemplaires uniques) est impossible et qu'aucune attestation ou mainlevée n'apporte la certitude que le changement envisagé n'aboutira pas à une

cession (ou un nantissement) double ou multiple de la même créance ou à la possibilité pour une entreprise de céder (ou nantir) la créance d'une autre, il est nécessaire de renoncer au changement envisagé.

Article 115

Les dispositions prévues aux articles 86 à 98 s'appliquent aux sous-traitants mentionnés à l'article 114 en tenant compte des dispositions particulières ci-après :

1° Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 €, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne responsable du marché, est payé directement, pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois, en ce qui concerne les marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense, c'est-à-dire notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations non courantes 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.

2° L'avance forfaitaire prévue à l'article 87 est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

La limite fixée au premier alinéa de l'article 87 est appréciée par référence au montant prévisionnel des sommes à payer, tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné au 5 de l'article 114.

L'avance forfaitaire est fixée à 5 % de ce montant dans la limite des prestations à exécuter par le sous-traitant au cours des douze premiers mois suivant la date de commencement de leur exécution.

Dans le cas où le titulaire sous-traite une part du marché postérieurement à la conclusion de celui-ci, le paiement de l'avance forfaitaire au sous-traitant est subordonné au remboursement, s'il y a lieu, de la partie de l'avance forfaitaire versée au titulaire au titre des prestations sous-traitées.

Article 116

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement au titulaire du marché.

Cette demande de paiement, revêtue de l'acceptation du titulaire du marché, est transmise par ce dernier à la personne désignée au marché à cette fin.

La personne désignée au marché avise le sous-traitant de la date de réception de la demande de paiement envoyée par le titulaire et lui indique les sommes dont le paiement à son profit a été accepté par ce dernier.

L'ordonnateur mandate les sommes dues au sous-traitant.

Dans le cas où le titulaire d'un marché n'a ni opposé un refus motivé à la demande de paiement du sous-traitant dans le délai de quinze jours suivant sa réception, ni transmis celle-ci à la personne désignée au marché, le sous-traitant envoie directement sa demande de paiement à la personne désignée au marché par lettre recommandée avec avis de réception postal ou la lui remet contre un récépissé dûment daté et inscrit sur un registre tenu à cet effet.

La personne désignée au marché met aussitôt en demeure le titulaire, par lettre recommandée avec avis de réception postal, de lui faire la preuve, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette lettre, qu'il a opposé un refus motivé à son sous-traitant. Dès réception de l'avis,

elle informe le sous-traitant de la date de cette mise en demeure.

A l'expiration du délai prévu au précédent alinéa, au cas où le titulaire ne serait pas en mesure d'apporter cette preuve, la personne désignée au marché paie les sommes dues aux sous-traitants dans les conditions prévues à l'article 96.

Cet article décrit le cheminement de la demande de paiement d'un sous-traitant payé directement.

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement au titulaire, à qui il appartient de l'avaliser (ou, le cas échéant, de la refuser en tout ou en partie).

En effet, le titulaire étant responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché y compris celle de son sous-traitant, il est logique qu'il ait un droit de regard sur la demande de paiement présentée par celui-ci afin de pouvoir y faire obstacle si le sous-traitant demande, par exemple, le règlement de prestations non encore réalisées.

Ainsi, cet article protège le titulaire du marché et, in fine, le maître d'ouvrage.

Il protège également le sous-traitant.

Ainsi, le titulaire du marché est tenu de donner suite à la demande de paiement du sous-traitant dans un délai de 15 jours suivant la réception de celle-ci. Autrement dit :

- soit il avalise le contenu de cette demande et le transmet, en vue du paiement, à la personne désignée au marché

Cette personne est, selon les marchés, le maître d'ouvrage lui-même ou le maître d'œuvre.

- soit il oppose un refus motivé à la demande de paiement du sous-traitant.

Si le titulaire du marché ne donne aucune suite à la demande de paiement du sous-traitant dans le délai précité de 15 jours, le sous-traitant transmet sa demande à la personne prévue au marché (maître d'ouvrage ou maître d'œuvre). Cette transmission s'effectue selon les mêmes modalités applicables à un titulaire de marché (envoi en recommandé avec avis de réception postal, remise contre récépissé afin que l'entreprise puisse, si besoin, apporter la preuve de la date de réception ou de remise).

Article 117

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 doivent lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie certifiée conforme de l'original du marché prévue à l'article 106 et, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 114 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, doit être remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Les sous-traitants bénéficiaires d'un paiement direct en application des dispositions de l'article 114, peuvent céder ou nantir tout ou partie de leur créance dans les mêmes conditions que le titulaire du marché à concurrence du montant des prestations qui doivent leur être réglées directement, tel qu'il est défini dans les documents contractuels.

Une copie certifiée conforme du marché revêtue de la mention d'exemplaire unique est remise aux sous-traitants. Elle est accompagnée, le cas échéant, d'une copie de l'acte spécial.

Il est fortement recommandé que le maître d'ouvrage envoie au sous-traitant, dès sa signature, une copie de l'acte spécial le concernant.

Les procédures de cession ou de nantissement de créances applicables aux sous-traitants sont les mêmes que celles prévues pour le titulaire du marché.

Chapitre 3 - Exécution complémentaire

Article 118

Lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par la personne responsable du marché.

Les décisions de poursuivre respectent, comme les avenants, les conditions prévues à l'article 19 du présent code.

Les marchés ne peuvent être modifiés que par un acte additionnel pris dans la même forme et signé des deux parties appelé avenant.

Toutefois, il peut arriver, notamment en matière de travaux, que le montant des prestations exécutées atteigne le montant fixé par le marché, sans que la totalité des prestations soit réalisée et sans que l'objet du marché soit atteint. Dans ce cas, si le marché en a prévu la possibilité, la personne responsable peut prendre la décision de poursuivre l'exécution des prestations.

Les décisions de poursuivre doivent, comme les avenants, respecter les conditions prévues à l'article 19.

Cette condition est à mettre en œuvre par la personne responsable du marché et peut faire l'objet des différents contrôles prévus en matière de marchés publics.

118.1. Définition

La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui est signée par la seule personne publique.

Le recours à la décision de poursuivre n'est possible que si le marché le prévoit, qu'il s'agisse d'un marché des travaux, de fournitures ou de services. Si, par exemple, le CCAG Travaux n'est pas visé dans le marché, il est nécessaire que la décision de poursuivre soit prévue dans le CCAP.

118.2. Objet de la décision de poursuivre

La décision de poursuivre ne peut avoir pour objet que la poursuite des prestations au-delà du montant fixé par le marché. Elle ne peut pas comporter d'autres dispositions et ne permet notamment pas de fixer de nouveaux prix.

Elle ne permet en aucun cas de modifier l'objet du marché. Elle ne peut être prise que lorsque le montant des travaux exécutés atteint le montant prévu au marché sans que l'objet de celui-ci s'en trouve atteint. Elle ne saurait donc être utilisée pour modifier le volume des prestations prévues par le contrat.

La décision de poursuivre n'a pas à être soumise à la commission d'appel d'offres, toutefois si elle donne lieu à l'adoption d'un avenant, celui-ci est soumis à la commission d'appel d'offres dans les conditions propres aux avenants.

Le contrôle des marchés publics

Ainsi que l'expose clairement le nouveau code, la transparence des procédures est un des principes fondamentaux du droit des marchés publics. Cette transparence doit permettre de vérifier le respect des principes fondamentaux de la commande publique tels qu'ils sont rappelés et garantis par ce code.

Afin d'assurer l'effectivité de ces principes l'un des objectifs de la réforme a été de mettre en œuvre des procédures de contrôle efficaces. C'est l'objet du titre V du nouveau code, spécifiquement consacré au « contrôle des marchés publics » et de nombreuses mesures de renforcement des moyens de surveillance et de sanction juridiques et administratifs mis en place depuis 1997.

Les moyens de la justice ont été renforcés par la création de procédures particulières permettant de suspendre la signature d'un marché en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (référé précontractuel) qui viennent d'être réformées par la loi du 22 juin 2000. L'efficacité de ce contrôle est encore améliorée par le renforcement de ses moyens (création des pôles financiers) et le développement des relations formelles et informelles avec les institutions jouant un rôle dans le contrôle des marchés publics (Chambres régionales des comptes, Procureurs). Il s'agit non seulement d'engager des actions de formation et d'information réciproques mais aussi de parvenir à un dialogue constant permettant le traitement en commun de certains dossiers ou de donner des suites concrètes à des dossiers ayant fait l'objet de saisines. Le maintien d'une vigilance soutenue sur les faits susceptibles de constituer le délit de favoritisme en vue d'une transmission au Procureur a été rappelé dans une note de novembre 1998 sur le favoritisme qui a rappelé aux services la nature des contrôles, les moyens et méthodes, le rôle du Procureur, du Préfet et de la MIEM (mission interministérielle d'enquête des marchés).

Les contrôles administratifs ont également été réorganisés en insistant sur le rôle des services déconcentrés. Il est, en effet, apparu nécessaire à la fin de 1997 de définir des orientations et des priorités claires à l'attention des services déconcentrés qui sont l'un des maillons essentiels du réseau marchés publics. Une note de service sur les missions de la DGCCRF du 17 avril 1998 et une circulaire sur le contrôle de légalité, diffusée par note d'information du 3 avril 2000, ont été communiquées aux services afin :

1) de rappeler leur mission fondamentale, à savoir le contrôle du bon fonctionnement de la concurrence ;

2) de préciser son lien avec le contrôle de légalité ;

3) de dégager les principes d'intervention par un meilleur ciblage des actions et une meilleure utilisation des instruments en possession des agents. Concrètement, les orientations et les priorités données se traduisent par un plus grand nombre de participations des services départementaux (DDCCRF) aux commissions d'appel d'offres (+22 % de 1996 à 1999) ; le développement des participations de l'administration centrale (DGCCRF) aux commissions des marchés des autres administrations centrales ; un perfectionnement du ciblage des interventions par lesquels, en liaison avec les brigades régionales d'enquête les agents " marchés publics " exercent une vigilance particulière sur certains secteurs économiques.

En matière de moralisation, le texte prévoit la suppression du mécanisme du METP (marché d'entreprise de travaux publics) qui avait fait l'objet de critiques. Il trouve un équilibre entre la nécessaire réévaluation du seuil des marchés sans formalisme et l'encadrement des anciens marchés négociés à raison de leur montant (- de 700 000 F TTC) avec la création, au-dessus de 90 000 € HT, d'une procédure simplifiée qui exige la délivrance d'un avis de la commission d'appel d'offres là où, dans le code actuel, seul un marché négocié était prévu.

Par ailleurs, en accompagnement de la réforme, une évolution de l'intervention des Commissions spécialisées des marchés (CSM), dont la mission est d'émettre un avis sur la régularité des marchés passés par les services de l'Etat et de ses établissements soumis au code des marchés publics est entreprise.

Section 1 - Les commissions spécialisées des marchés

Article 119

Les marchés de l'Etat sont soumis au contrôle de Commissions spécialisées des marchés dans des conditions fixées par décret. Les missions, le nombre, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des Commissions spécialisées des marchés sont fixées par décret.

L'application de cet article a nécessité un décret.

Ce décret vise à assouplir le fonctionnement des commissions spécialisées des marchés sans affaiblir pour autant les garanties indispensables que représente l'intervention de ces commissions.

Il introduit en conséquence la possibilité pour la personne responsable du marché de choisir le stade auquel la commission spécialisée des marchés examine son projet d'appel d'offres. En d'autres termes, la personne responsable du marché a le choix suivant :

-soit laisser jouer le dispositif actuel à savoir une sélection en aval par la Commission spécialisée des marchés et un avis émis par elle en cas de sélection ;

-soit choisir de saisir en amont la commission spécialisée des marchés c'est à dire avant le lancement de la mise en concurrence. Dans ce cas, la commission est tenue d'examiner le projet et d'émettre des recommandations. A l'issue de cet examen, la personne responsable du marché n'est plus tenue de présenter son projet en aval aux commissions spécialisées des marchés sauf le cas de marchés négociés. En effet, le caractère dérogatoire du marché négocié et l'importance que prend l'effectivité de la négociation justifient que les commissions conservent la possibilité d'évoquer en aval les marchés négociés, qu'ils soient ou non précédés d'une mise en concurrence, qui leur auraient été soumis en amont. La même possibilité est ouverte en cas d'appels d'offre sur performances, de marchés de définition ou de conception-réalisation.

L'accent est ainsi mis sur les recommandations émises par les commissions spécialisées des marchés en amont de la procédure d'achat qui pourront guider la personne responsable du marché dans sa démarche de mise en concurrence, mais également les autorités de contrôle lorsqu'elles auront à vérifier la régularité des marchés que l'on soumettra à leur visa.

Afin de faciliter l'examen des dossiers ne présentant pas de difficultés particulières, il est par ailleurs prévu de donner au président des commissions spécialisées des marchés la possibilité de décider que, pour certains dossiers, la commission se prononce sans débat dans le cadre d'une procédure simplifiée.

De même, pour permettre aux commissions spécialisées des marchés de mener à bien l'ensemble des tâches précédemment décrites et compte tenu du nombre important et toujours croissant des marchés qui leurs sont soumis, le nombre des commissions passe de 5 à 7 en dédoublant la commission approvisionnements généraux et la commission bâtiment et génie civil.

Enfin, pour remédier à un fonctionnement parfois hétérogène des commissions spécialisées des marchés, un président est choisi parmi ses pairs pour assurer la coordination des interventions des commissions spécialisées des marchés et élaborer un règlement intérieur.

Section 2 - Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public

Article 120

Les membres de la mission interministérielle d'enquête, instituée par l'article 1er de la loi n° 91-3

du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, sont désignés pour une période de quatre ans renouvelable.

Le secrétariat de la mission interministérielle d'enquête est assuré par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le chef de la mission interministérielle organise et dirige les travaux de la mission. Il désigne à cet effet, parmi les membres de la mission, les enquêteurs chargés des affaires.

Article 121

L'enquête relative à un marché présentant, en tout ou en partie, un caractère secret ressortissant à la défense nationale ne peut être confiée qu'à un enquêteur préalablement habilité à connaître des informations protégées par les textes relatifs aux secrets de défense.

Article 122

Les auditions et visites auxquelles procèdent le ou les membres de la mission chargés d'une enquête en application de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée donnent lieu à un compte rendu énonçant la nature, la date et le lieu des constatations ou contrôles effectués. Le compte rendu est signé de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au compte rendu.

Article 123

Le représentant légal de la collectivité territoriale, de l'établissement public ou de la société d'économie mixte locale concerné par l'enquête dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification du rapport établi par la mission interministérielle pour faire connaître ses observations éventuelles. Passé ce délai, le rapport peut être transmis au préfet et, le cas échéant, à l'autorité qui a demandé l'enquête.

Le rapport d'enquête est adressé aux autorités administratives ayant demandé l'enquête ainsi qu'au Premier ministre et, le cas échéant, au procureur de la République, conformément aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale.

La mission interministérielle d'enquête peut, même après l'envoi de son rapport, être consultée par les diverses autorités administratives compétentes sur les suites à lui donner sur toutes les questions se rapportant à l'exploitation éventuelle des informations figurant dans le rapport d'enquête et le dossier qui y est joint.

Article 124

L'enquête diligentée par la mission d'enquête instituée par l'article 1er de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée s'effectue sans préjudice des contrôles existants et ne peut empiéter sur les fonctions de direction ou d'exécution des services.

Article 125

Le chef de mission établit annuellement un rapport d'activité dans lequel il expose les résultats obtenus, les difficultés rencontrées au cours des enquêtes et les points sur lesquels ont été constatées les irrégularités les plus fréquentes ou les plus graves. Il propose les mesures qui seraient de nature à y remédier ou à les atténuer. Il effectue un bilan de la situation par rapport à l'année antérieure. Ce rapport est adressé au Premier ministre, au garde des sceaux, ministre de la justice, et au ministre chargé de l'économie.

Créée par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public, instance administrative indépendante, qui a succédé à la Brigade interministérielle d'enquêteurs.

La circulaire du 29 juillet 1992 relative à l'application du titre 1^{er} de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 et du décret n°91-1232 du 6 décembre 1991 relatif à la transparence et à la régularité des procédures de marchés détaille les dispositions des articles 120 à 125 relatifs à la MIEM.

125.1. Composition et rôle de la Mission

125.1.1. Composition

La MIEM est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire. Il dirige les missions d'enquête et veille au respect du principe du contradictoire et à la garantie d'une enquête loyale et équitable.

Les membres de la Mission sont désignés parmi les "magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les officiers par arrêté conjoint du Premier ministre, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de l'économie et des finances et le cas échéant du ministre dont l'intéressé relève statutairement".

Elle est composée de membres permanents actuellement au nombre de 6 qui exercent leur fonction au siège de la Mission en position de détachement, d'affectation ou de mise à disposition : deux magistrats de l'ordre judiciaire, un magistrat de l'ordre administratif, un administrateur civil, un receveur-percepteur et un attaché principal d'administration.

Des membres non permanents ayant les mêmes prérogatives que les membres permanents sont désignés pour des missions ponctuelles. Ils sont au nombre de 12 et sont pour la plupart membres des corps de contrôle et d'inspection de l'administration centrale.

125.1.2. Le rôle de la Mission

La Mission interministérielle est au centre d'un dispositif mis en place pour garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés et aux conventions de délégation de service public. Elle doit veiller au bon emploi des deniers publics et s'opposer aux pratiques délictueuses que peut générer la commande publique.

Sa fonction est de vérifier les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales.

L'objet de la Mission d'enquête est de relever tout manquement commis à cette occasion par un acheteur public (élus, fonctionnaires ou leurs représentants), à la réglementation de la commande publique (code des marchés publics, lois et dispositions soumettant certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence), à la loi pénale (délit de favoritisme, innovation de la loi du 3 janvier 1991 qui conduit à sanctionner outre les fonctionnaires, les élus pour des fautes de gestion commises dans l'exercice de leur fonction, prise illégale d'intérêts, abus de biens sociaux, faux, etc...), au droit budgétaire (loi du 25 septembre 1948 modifiée, instituant la cour de discipline budgétaire et financière), au droit de la concurrence (art. 7 et 8

de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence), au statut de la fonction publique.

De par son caractère interministériel, les enquêtes peuvent être demandées à la Mission :

- par le Premier ministre,
- par le ministre chargé de l'économie et des finances,
- ou par chaque ministre, pour les affaires relevant de son département ou les établissements placés sous sa tutelle (art. 2 de la loi 91-3 du 3 janvier 1991),
- par la Cour des comptes (art. 7 de la loi 95-127 du 8 février 1995).

S'agissant des marchés des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ou des sociétés d'économie mixte locales, les enquêtes peuvent aussi être diligentées à la demande du préfet.

125.2. Pouvoirs

La Mission dispose de pouvoirs étendus. En tout état de cause, toute entrave apportée à leur exercice est constitutive du délit d'opposition à fonction, prévu à l'article 8 de la loi. Cet article sanctionne quiconque aurait fait obstacle de quelque façon que ce soit à l'exercice des pouvoirs attribués aux membres de la Mission (Cass. Crim 8 octobre 1996).

Ces derniers sont, comme les officiers et agents de police judiciaire, habilités à constater le délit de favoritisme.

Dans les services de l'Etat, des établissements publics administratifs, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que des sociétés d'économie mixte locale, les membres de la Mission disposent, pour les nécessités de l'enquête, des droits d'investigation les plus larges tant sur pièces que sur place.

Ils peuvent, dans le cadre de leur mission, accéder à tout document ou élément d'information détenu, sans se voir opposer le secret professionnel (art. 3 de la loi).

Ils peuvent de même accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, prendre copie de tout document professionnel et recueillir les renseignements ou justifications (art. 4 de la loi), ce qui implique l'audition des agents concernés. Les auditions et visites ainsi effectuées donnent lieu à un compte rendu (art. 38-5 du code des marchés publics).

Par ailleurs, l'article 121 du code des marchés publics prévoit l'habilitation des membres de la Mission chargés d'effectuer une enquête relative à des marchés ayant en tout ou partie un caractère secret ressortissant à la défense nationale.

Enfin, l'article 5 de la loi prévoit les dispositions de procédure applicables aux fins de constater l'infraction, définie à l'article 432-14 du code pénal.

Les membres de la Mission peuvent procéder dans ce cas à des visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents.

Ces mesures sont subordonnées à une autorisation et un contrôle judiciaires, autorisation délivrée dans les conditions précisées par ce texte. Cette décision judiciaire, qui est motivée, est susceptible de pourvoi en cassation, ce qui offre des garanties certaines aux parties concernées.

Section 3 - Contrôle du coût de revient des marchés publics de l'Etat.

Article 126

Conformément à l'article 54 de la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963) dans les cas prévus ci-dessous, les titulaires de marchés fournissent au service contractant, 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.

Lesdits 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 mentionnés à l'article 129.

Les obligations prévues ci-dessus sont applicables aux marchés de travaux, fournitures ou études 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 ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.

Les personnes soumises aux dispositions des alinéas précédents peuvent être assujetties à présenter leurs bilans, comptes de pertes et profits et comptes d'exploitation ainsi que leur comptabilité analytique d'exploitation ou, à défaut de celle-ci, tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

Article 127

La référence aux obligations prévues à l'article 126 figure dans les documents contractuels du marché soumis au contrôle.

Le document contractuel faisant référence aux obligations prévues à l'article 126 fixe les sanctions applicables si l'entreprise soumise à ces obligations refuse de communiquer des pièces ou des documents, fournit des renseignements erronés ou met obstacle à la vérification.

Article 128

La décision d'exercer un contrôle de prix de revient en application de l'article 126 est prise par l'autorité qui a signé le marché soumis au contrôle.

Article 129

I - Les agents ou les catégories d'agents des services de l'Etat habilités à exercer les vérifications sur pièces et sur place en application de l'article 126 sont désignés par arrêté du ministre dont ils dépendent.

Les agents des établissements publics et les entreprises figurant sur la liste prévue au I de l'article 54 de la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963) 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.

II - Tous les fonctionnaires ou agents qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application de l'article 126 sont astreints au secret professionnel, ainsi que, le cas échéant, aux règles relatives à la protection du secret en matière de défense.

Ces renseignements ne peuvent être utilisés à des fins autres que le contrôle du prix de revient du marché soumis au contrôle ou de tout autre marché analogue.

Les dispositions relatives au contrôle des prix de revient des marchés visé à l'article 54 de la loi de finances pour 1963 (n°63-156 du 23 février 1963) sont commentées dans une instruction du 15 octobre 1964 (JO du 30 octobre 1964) complétée par une instruction du 16 mai 1967 (revue Marchés publics n°66, mai 1967).

La coordination des contrôles des prix de revient a été organisée par la lettre circulaire du Premier ministre n°2012 SG du 7 janvier 1964.

Afin de faciliter cette coordination, le décret n°68-165 du 20 février 1968 a donné la possibilité de nommer un fonctionnaire coordonnateur auprès des entreprises titulaires de marchés de matériels de guerre ou assujetties aux obligations de l'article 54 de la loi de finances pour 1963 qui sont susceptibles d'être soumises à de nombreux contrôles.

Il est souhaitable qu'avant de négocier un marché susceptible de donner lieu à un contrôle avec une entreprise auprès de laquelle a été nommé un fonctionnaire coordonnateur, les services acheteurs prennent contact avec celui-ci.

Une circulaire du 26 juillet 1971 du ministre de l'économie et des finances relative à la pratique des analyses de coûts précise les différentes formes que peuvent prendre ces analyses (textes relatifs aux prix dans les marchés publics : brochure n°2007, Journal Officiel). Cette circulaire, tout en rappelant les principes fondamentaux de la mise en œuvre du droit de contrôle des prix de revient exposés dans l'instruction du 15 octobre 1964, insiste sur la conduite des analyses de coûts a posteriori qui ne sont pas la conséquence d'obligations légales mais résultent du seul libre accord des parties.

Cette circulaire recommande également les analyses de coûts précontractuelles qui visent à l'examen de tous les éléments d'un devis. Pour l'application des directives du Premier ministre du 10 octobre 1969 sur la négociation des prix et des marges dans les marchés négociés (revue Marchés publics, n°85 bis), de telles analyses de coûts sont des conditions le plus souvent nécessaires pour mener des négociations sérieuses sur le prix du contrat.

Section 4 - Autres contrôles des marchés publics de l'Etat

Article 130

Les marchés, avenants, bons de commande après remise en compétition et décisions de poursuivre sont soumis, en dehors des contrôles institués par les textes généraux en matière de dépenses de l'Etat et par le présent titre, à des contrôles fixés par chaque ministre.

Les ministres intéressés peuvent mettre en place des procédures de contrôle interne destinées à garantir tant la conformité et la régularité des procédures d'achats aux règles du code des marchés publics que l'efficacité organisationnelle et économique des achats des services placés sous leur autorité.

Ce contrôle pourra notamment comporter une évaluation systématique de l'adéquation des procédures à la satisfaction des besoins des services, à l'occasion des phases d'élaboration, de passation et d'exécution des marchés publics.

Titre VI – Dispositions diverses

Chapitre 1 - Règlement des litiges

Section 1 - Comités consultatifs de règlement amiable des litiges

Article 131

Les personnes publiques et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés dans des conditions fixées par décret.

Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions.

La saisine du comité suspend le cas échéant les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par la personne responsable du marché après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment les pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixés par décret.

Un décret a précisé la composition, l'organisation et les missions des comités consultatifs de règlement amiable des litiges.

Ce décret vise à réformer les comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics afin d'en faciliter le fonctionnement sans affaiblir pour autant la qualité du service rendu aux partenaires de la commande publique.

Les présidents et vice-présidents sont désormais nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie. Par ailleurs, les listes de représentants des administrations sont arrêtées, pour le comité national par le ministre chargé de l'économie sur proposition des ministres compétents et pour les comités régionaux par le préfet désigné dans l'arrêté créant ces comités. La liste des représentants des collectivités territoriales et de leurs établissements publics est arrêtée par le préfet compétent. Enfin les listes des organisations professionnelles les plus représentatives sont arrêtées, pour le comité national, par le ministre chargé de l'économie et, pour les comités régionaux, par le préfet compétent.

Les compétences respectives des comités sont clarifiées. Ainsi, les marchés des services dont l'activité s'étend au-delà du ressort d'un comité régional et ceux des services à compétence nationale sont attribués au comité national. Ceux des services à compétence nationale ou des établissements publics de l'Etat sont attribués aux comités régionaux lorsque la personne responsable du marché est située dans le ressort de compétence d'un comité régional.

En outre, lorsque la demande ne relève manifestement pas de la compétence d'un comité ou qu'elle est irrecevable sans qu'une régularisation soit possible, c'est le président et non plus nécessairement le comité qui peut la rejeter par décision motivée. Le président peut également donner acte des désistements ou constater qu'il n'y a pas lieu à statuer.

Par ailleurs, il est prévu, dans le cadre de l'instruction d'une affaire et en cas de nécessité, la possibilité pour le rapporteur de convoquer les parties ou d'être autorisé par le président à se déplacer.

Enfin, il est expressément indiqué que le titulaire, la personne responsable du marché ou son représentant peuvent être assistés par toute personne de leur choix.

Section 2 – Arbitrage

Article 132

Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les

établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile.

Pour l'Etat, ce recours doit être autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie

Chapitre 2 - Organismes consultatifs

Section 1 - Commission technique des marchés

Article 133

Une commission technique des marchés placée auprès du ministre chargé de l'économie examine et approuve les projets de prescriptions techniques applicables aux marchés publics. Les missions, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de la commission technique des marchés sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Section 2 – Groupes permanents d'étude des marchés

Article 134

Le ministre chargé de l'économie peut créer, par arrêtés pris conjointement avec le ministre principalement concerné, des groupes permanents d'étude des marchés chargés d'élaborer des recommandations techniques relatives à certaines catégories de marché. Les missions, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des groupes permanents d'étude des marchés sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Les organismes consultatifs mentionnés par les articles 133 et 134 font l'objet d'arrêtés ministériels.

Chapitre 3 - Informations sur les marchés

Section 1 - Observatoire économique de l'achat public

Article 135

Un observatoire économique de l'achat public placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques de la commande publique. Les missions, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'observatoire économique de l'achat public sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'article 135 crée un observatoire économique de l'achat public pour centraliser l'information relative aux marchés publics. Un arrêté ministériel décrit les missions, le fonctionnement et l'organisation de cet organisme.

Section 2 - Recensement économique des marchés

Article 136

Le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie effectue chaque année un recensement économique des marchés passés par l'Etat, les établissements publics nationaux ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les établissements, les entreprises, les organismes et les sociétés d'économie mixte soumis au contrôle économique et financier de l'Etat.

Ce recensement économique peut être complété par des enquêtes faites auprès des organismes mentionnés à l'article 31 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier. Dans ce cas, il est fait application des dispositions de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 modifiée sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques.

Ce recensement économique est effectué auprès des services administratifs et financiers habilités soit à passer les contrats, soit à régler les sommes dues au titre de ces contrats.

Le recensement économique des marchés est effectué à partir d'une fiche établie pour chaque marché ou avenant conclu par un acheteur public.

Les renseignements obtenus sont exploités aux fins d'évaluer périodiquement l'impact des marchés publics sur l'activité économique nationale et de fournir aux pouvoirs publics des éléments de décision pour orienter leur politique économique.

Les informations recueillies concernent :

- l'identité de la personne publique contractante ;
- les conditions réglementaires de passation du marché ;
- l'objet du marché, identifié par référence à la nomenclature ;
- le montant du marché ;
- l'identification du titulaire du marché, son nom ou sa raison sociale.

Dès la notification du marché au titulaire, l'ordonnateur renseigne la fiche de recensement qu'il transmet au comptable assignataire des paiements. Les fiches de recensement des différents marchés sont périodiquement centralisées et transcrites sur support magnétique afin d'être exploitées.

Le recensement des marchés passés par les établissements, les entreprises, les organismes et les sociétés d'économie mixte soumis au contrôle économique et financier de l'Etat est organisé selon des modalités techniques particulières définies en accord avec eux.

Des enquêtes statistiques complémentaires au recensement peuvent être effectuées dans le respect des dispositions de la loi n°51-711 du 7 juin 1951 modifiée sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, auprès des organismes visés au deuxième alinéa de l'article 31 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 (sociétés, syndicats, associations ou entreprises de toute nature qui font appel ou ont fait appel au concours financier de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public).

Fait à Paris, le

Le ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie

Laurent Fabius